HUMAN RIGHTS WATCH REPORT TO THE CANADIAN COMMISSION OF INQUIRY INTO THE ACTIONS OF CANADIAN OFFICIALS IN RELATION TO MAHER ARAR

REPORT SUBMITTED BY WENDY PATTEN
U.S. ADVOCACY DIRECTOR*

May 17, 2005

Introduction

The practice of transferring terrorist suspects to countries that routinely practice torture and other ill-treatment is of growing international concern. A number of governments around the world – in particular in Europe, the Middle East and North America – have transferred or attempted to transfer terrorist suspects to places where they are at risk of being subjected to torture or ill-treatment. In the United States, the media has reported extensively on such transfers in recent months, shedding new light on a policy that remains shrouded in secrecy.[1]

U.S. officials have been pressed to comment on the secret practice that has come to be known in the United States as extraordinary rendition. At a press conference on March 16, 2005, President George W. Bush stated that one way to protect the American people and their friends from future attack was "to arrest people and send them back to their country of origin with the promise that they won't be tortured."[2] When asked by a journalist, "…what is it that Uzbekistan can do in interrogating an individual that the United States can't?" the President demurred, saying only that "[w]e seek assurances that nobody will be tortured when we render a person back to their home country."[3]

The terms "rendition" and "extraordinary rendition" have been used to describe a variety of forms of transfer of persons to the custody of other governments. It is important to clarify both the terminology used in this report and the types of activities covered. Some of the transfers of persons suspected of terrorist activities occur within a legal framework, such as an immigration deportation process or extradition proceedings. Other transfers are effectuated outside of any legal process. In many ways, these extralegal renditions

---

* This report was co-authored by Wendy Patten, U.S. Advocacy Director, and Noya Shamir, Consultant to Human Rights Watch. The authors would like to thank Julia Hall and Dinah PoKempner of Human Rights Watch for their invaluable contributions to this report.

[1] For a comprehensive news report, see Jane Mayer, "Outsourcing Torture: The secret history of America's 'extraordinary rendition' program", *The New Yorker*, Feb. 14, 2005. Another example are the stories about the so-called "torture plane"—a Gulfstream jet—which has been spotted in numerous European, Middle Eastern and Asian countries. According to press reports and the jet's logs, which were acquired by journalists, the plane has also landed at Guantánamo Bay. See, e.g. Dana Priest, "Jet is an Open Secret in Terror War," *Washington Post*, December 27, 2004, p. A1; John Crewdson, "Mysterious Jet Tied to Torture Flights: Is Shadowy Firm Front for CIA?" *Chicago Tribune*, January 8, 2005.

[2] Press Conference by the President, March 16, 2005 [online] http://www.whitehouse.gov/news/releases/2005/03/20050316-2.html (retrieved May 2, 2005).

[3] Ibid.

raise even more serious concerns, largely because they take place in secret and without any procedural safeguards, including an opportunity for the person to challenge the transfer in a legal forum.[4]

While some have used the term "rendition" to apply to any transfer to torture, more often "rendition" is used simply to signify the transfer or sending of a person to another country. "Extraordinary rendition" typically refers to the extralegal form of the practice, in which a person is apprehended in one country and handed over to another without any formal legal procedure. Some differentiate extraordinary renditions from renditions not based on the process used to effectuate the transfer, but on whether the end result involves risk of torture. They use the term "extraordinary rendition" to signify the transfer of terror suspects to countries where they may face torture.[5]

Because these terms lack precise legal definitions, this report will use them as follows. The report will use the term "rendition" to refer generally to any transfer of a person from the custody of one government to that of another. The term "extraordinary rendition" will be used to refer to transfers that occur outside of any legal framework. The report will use the term "rendition to risk of torture" to refer to any transfer of a person to a country where he or she is at risk of being tortured, whether the transfer is within or outside a legal procedure. This framing maintains a clear focus on the critical human rights issue implicated by these practices: the absolute prohibition on transferring people to a risk of torture or ill-treatment. Just as governments may not engage in torture directly, they may not send or transfer persons to other countries where they are at risk of torture.

Maher Arar's case may have been a rendition within a lawful procedure, given that it appears he was removed from the United States after being placed in expedited immigration proceedings. His case is likely not among those considered to be "extraordinary renditions" by U.S. officials, which are probably limited to cases involving the apprehension and transfer of persons outside of the United States and

---

[4] See e.g., Counterterrorism Policy: Hearing Before the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States (March 24, 2004) (statement by Christopher Kojm, Deputy Executive Director, National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, and former Deputy Assistant Secretary of State), available at http://www.9-11commission.gov/archive/hearing8/9-11Commission_Hearing_2004-03-24.pdf (retrieved April 29, 2005) (Kojm Statement). Mr. Kojm explained renditions as follows, "if a terrorist suspect is outside of the United States, the CIA helps to catch and send him to the United States or a third country." Ibid.

[5] See Michael John Garcia, "The U.N. Convention Against Torture: Overview of U.S. Implementation Policy Concerning the Removal of Aliens, " *Congressional Research Service*, March 11, 2004, at summary: "CAT obligations also have implications for any existing "extraordinary renditions" policy by the United States in which certain aliens suspected of terrorist activities are removed to countries that possibly employ torture as a means of interrogation", [online] http://www.law.duke.edu/curriculum/coursehomepages/Fall2004/351_01/readings/crs.pdf#search='crs%20convention%20torture%20removal (retrieved May 5, 2005). See also Association of the Bar of the City of New York and Center for Human Rights and Global Justice at NYU School of Law, "Torture by Proxy: International and Domestic Law Applicable to 'Extraordinary Renditions'," October 2004, p. 13 [online] http://www.abcny.org/pdf/report/Torture%20by%20Proxy%20-%20Final%20(PDF).pdf (retrieved May 5, 2005).

outside of any legal framework. Despite the fact that Mr. Arar's rendition purportedly occurred within a legal process, it remains unclear whether U.S. officials adhered to the legally prescribed procedures in his case. Even if the rules were followed, including with respect to diplomatic assurances from the receiving government, in this case Syria, the fact that a rendition occurs within a legally prescribed procedure does not absolve the sending government of its obligation not to transfer a person to another country where he or she is at risk of torture or ill-treatment. Human Rights Watch believes that U.S. procedures governing immigration matters, in particular the use of diplomatic assurances, are not adequate to meet U.S. obligations under the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, and its U.S. implementing legislation.

As will be demonstrated below, sending a person to a country where he or she is at risk of being subjected to torture is contrary to U.S. obligations under both international and domestic law. To circumvent these legal obligations, the Bush administration obtains diplomatic assurances from the receiving countries, stating that they will not torture the transferred person. As discussed in detail below, however, diplomatic assurances do not satisfy U.S. legal obligations because they do not provide an effective safeguard against torture or other ill-treatment.

Pre 9/11 Renditions

The practice of extraordinary renditions is not a new phenomenon. In the United States, it can be traced back at least to the early 1990's, when policies were formulated for the apprehension and transfer of terrorist and other suspects outside of any formal legal process. In June 1995, then-President Clinton issued Presidential Decision Directive (PDD) 39, which includes the following language:

> When terrorists wanted for violation of U.S. law are at large overseas, their return for prosecution shall be a matter of the highest priority. … If we do not receive adequate cooperation from a state that harbors a terrorist whose extradition we are seeking, we shall take appropriate measures to induce cooperation. Return of suspects by force may be effected without the cooperation of the host government, consistent with the procedures outlined in NSD-77, which shall remain in effect.[6]

This policy was reiterated in May 1998 with a new directive, PDD-62, which outlined ten policy programs, the first of which was "apprehension, extradition, rendition and prosecution."[7]

---

[6] Presidential Decision Directive 39, June 21, 1995, available at http://www.fas.org/irp/offdocs/pdd39.htm. It should be noted that although PDD-39 was unclassified in 1997, it is still heavily redacted. NSD-77, or National Security Directive 77 was issued in January 1992 by President George H. W. Bush. Its contents remain classified.

[7] 9/11 Commission, Staff Statement no. 5, in the 9/11 investigations, at page 7, [online] http://www.9-11commission.gov/staff_statements/staff_statement_5.pdf (retrieved May 3, 2005). The list of all ten policy programs can be found in "U.S. Counter-Terrorism Policy and Organization," Roger Cressey,

Before September 2001, the available information regarding extraordinary renditions strongly suggests a focus on delivering criminal suspects to prosecution, particularly in the United States. During the decade prior to 1998, the U.S. government used extraordinary rendition to bring 13 terrorist suspects to the United States to stand trial on criminal charges.[8] Then FBI Director Louis Freeh told the Senate Judiciary Committee that in the majority of terrorist renditions, the United States acted with the cooperation of the government in whose jurisdiction the suspect was located. Freeh described the framework for what he considered a useful tool in the FBI's arsenal for bringing suspected terrorists and criminals to justice in the United States:

> The rendition process is governed by Presidential Decision Directive (PDD) 77, which sets explicit requirements for initiating this method for returning terrorists to stand trial in the United States. Despite these stringent requirements, in recent years, the FBI has successfully used renditions to bring international terrorists and criminals to justice in the United States.[9]

Because of the secretive nature of extraordinary renditions, little is known about the cases that pre-date September 11, 2001. It is not clear how many other persons were rendered to the United States for prosecution after 1998, and how many suspects were handed over to other governments by or with the assistance of the U.S. government in the decade prior to September 11. The House-Senate Joint Inquiry into the September 11th attacks claimed "dozens" of renditions took place before September 11, 2001, although it did not specify how many of those involved the transfer of a person to a country other than the United States:

> Working with a wide array of foreign governments, CIA and FBI have helped deliver dozens of suspected terrorists to justice. CTC [Counterterrorist Center] officers responsible for the renditions program told the Joint Inquiry that, from 1987 to September 11, 2001, CTC was involved in the rendition of several dozen terrorists.[10]

According to the testimony of George J. Tenet, the former director of central intelligence, before the 9/11 Commission, there were over 80 cases of extraordinary rendition prior to September 11, 2001.[11] The CIA played the leading role in carrying out renditions, but

---

Director, Transnational Threats, National Security Council, September 27, 2000. PDD-62 is still classified; a fact sheet is available [online] at http://www.fas.org/irp/offdocs/pdd-62.htm (retrieved May 4, 2005).

[8] U.S. Counterterrorism Policy: Hearing Before the Senate Judiciary Committee, 106th Cong. (Sept. 1998) (statement by Louis J. Freeh, Director of Federal Bureau of Investigation), available at http://www.fas.org/irp/congress/1998_hr/98090302_npo.html (retrieved April 29, 2005).

[9] Ibid.

[10] Steven Strasser, ed., *The 9/11 Investigations*, Public Affairs Reports, 2004, p. 463.

[11] Counterterrorism Policy: Hearing Before the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States (March 24, 2004) (statement by George Tenet, former Director of Central Intelligence Agency), [online] http://www.9-11commission.gov/archive/hearing8/9-11Commission_Hearing_2004-03-24.pdf (retrieved May 3, 2005).

other agencies such as the FBI may have been involved.[12] Apparently, extraordinary renditions prior to 9/11 required review and approval by interagency groups led by the White House.[13]

Several cases of pre 9/11 extraordinary renditions to third countries have been uncovered. One such case involves an Egpytian national named Tal`at Fu'ad Qassim, also known as Abu Talal al-Qasimi. Qassim, who was living in exile in Denmark where he had been granted political asylum, was apprehended in Croatia in 1995. Before his forced transfer to Egypt, Qassim was allegedly questioned aboard a U.S. navy vessel and handed over to Egyptian authorities in the middle of the Adriatic Sea.[14] Because Qassim had already been tried and convicted in absentia by a military tribunal in 1992, he was not retried after his return to Egypt. Instead, the death sentence that he received after that trial w as apparently carried out. He is believed to have been executed by the Egyptian government.[15]

U.S. Rendition Practice since 9/11

I. Policy Changes

Despite the limited information about pre 9/11 renditions, it is clear that the U.S. practice of rendition increased substantially after September 11, 2001.[16] Whereas there were over 80 such transfers in the years prior to this date, former government officials estimate that there have been 100 to 150 renditions of persons suspected of terrorist activities in just the three years since September 11, 2001.[17] According to media reports, a few days following the 9/11 attacks, the White House issued a new directive, which is still classified, that gave the C.I.A. expansive new authority to carry out renditions without White House approval for each and every case.[18]

---

[12] See Counterterrorism Policy: Hearing Before the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, Kojm Statement, "Though the FBI is often part of the process, the CIA is usually the main player."

[13] See Douglas Jehl and David Johnson, "Rule Change Lets C.I.A. Freely Send Suspects Abroad to Jails," *New York Times*, March 6, 2005 [online] http://www.nytimes.com/2005/03/06/politics/06intel.html (retrieved May 5, 2005).

[14] See Mayer, "Outsourcing Torture", *The New Yorker*; Anthony Shadid, America Prepares the War on Terror; U.S., Egypt Raids Caught Militants, *Boston Globe*, October 7, 2001.

[15] Qasim's attorney, Muntassir al-Zayyat told Human Rights Watch that a source in the Military Prosecutor's office had confirmed his execution, but no government official has done so publicly. Human Rights Watch interview, Cairo, Egypt, November 2004. Another example of renditions to Egypt prior to September 11, 2001, is known as the case of the Tirana cell. See Human Rights Watch report, "Black Hole: The Fate of Islamists Rendered to Egypt," May 2005, pages 21-24, [online] http://hrw.org/reports/2005/egypt0505/ (retrieved May 13, 2005); Anthony Shadid, "Syria is Said to Hand Egypt Suspect Tied to Bin Laden," *Boston Globe*, November 20, 2001; Andrew Higgins and Christopher Cooper, "Cloak and Dagger: A CIA-Backed Team Used Brutal Means to Crack Terror Cell," *Wall Street Journal*, November 20, 2001.

[16] See Strasser, ed., *The 9/11 Investigations*, p. 463.

[17] See Jehl and Johnson, "Rule Change...," *New York Times*. Compare, Dana Priest, "CIA's Assurances on Transferred Suspects Doubted; Prisoners Say Countries Break No-Torture Pledges," *Washington Post*, March 17, 2005, p. A1, reporting the CIA has rendered more than 100 people since September 11, 2001.

[18] Jehl and Johnson, "Rule Change...," *New York Times*.

Renditions have taken place both from U.S. territory and from other countries, either by the direct seizure of foreign nationals on foreign territory by U.S. agents, or the transfer of foreign nationals to third countries by the host country authorities facilitated by the use of U.S. aircraft or personnel.[19] While the complete list of receiving countries is not known, the cases that have come to light reveal a disturbing trend of rendering people to countries widely known for their human rights violations, such as Egypt, Syria, Morocco, Saudi Arabia, Jordan, Pakistan and Uzbekistan.[20] Given the well-documented records of torture by these governments, there can be little doubt that suspects are being sent to places where they face a risk of torture and other ill-treatment.

The U.S. government is well aware of the poor human rights records of the states to which it is rendering suspects. In its annual Country Reports on Human Rights Practices, the U.S. Department of State has stated that in these countries torture is either routinely practiced, or specific groups are targeted for such abuse.[21] In Syria, the country to which Maher Arar was transferred, the 2005 State Department report declares that "there was credible evidence that security forces continued to use torture frequently." In Egypt, the report states, "torture and abuse of detainees by police, security personnel, and prison guards remained common and persistent. According to the U.N. Committee Against Torture, a systematic pattern of torture by the security forces exists, and police torture resulted in deaths during the year."[22]

---

[19] See CBS 60 Minutes, "CIA Flying Suspects to Torture?" March 6, 2005 [online] http://www.cbsnews.com/stories/2005/03/04/60minutes/main678155.shtml (retrieved March 7, 2005); Jehl and Johnson, "Rule Change…," *New York Times*; Channel 4 TV (U.K.), "Torture: The Dirty Business," (Part 3 of series on the U.S. government's war on terror and the implications for the global ban on torture), March 1, 2005, post-production transcript on file with Human Rights Watch, [online] http://www.channel4.com/news/microsites/T/torture/cases.html (retrieved March 8, 2005); Mayer, "Outsourcing Torture," *The New Yorker*; Stephen Grey, "CIA Prisoners 'Tortured' in Arab Jails," File on 4, BBC Radio, February 8, 2005 [online] http://news.bbc.co.uk/1/hi/programmes/file_on_4/4246089.stm (retrieved February 15, 2005); Seymour Hersh, *Chain of Command: The Road from 9/11 to Abu Ghraib* (New York: Harper-Collins), September 2004.

[20] See e.g. Don van Natta, Jr., "U.S. Recruits A Rough Ally To Be a Jailer," *New York Times*, May 1, 2005; Human Rights Watch Report, *Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture* (April 2005), [online] http://hrw.org/reports/2005/eca0405 (retrieved May 5, 2005); Mayer, "Outsourcing Torture," *The New Yorker*. Ahmed Nazif, Prime Minister of Egypt, confirmed that the United States has transferred terror suspects to Egypt. See David Morgan, "U.S. has sent 60-70 terror suspects to Egypt – PM," *Reuters*, May 15, 2005. Mr. Nazif added that he does not know the exact number, "[t]he numbers vary. I have heard the number 60 or 70." Ibid.

[21] See United States Department of State Country Reports on Human Rights Practices for 2004, published on February 28, 2005, [online] http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2004/index.htm (retrieved May 3, 2005).

[22] State Department Reports on Human Rights Practices for 2004, ibid. The report included the following information on other reported receiving countries in rendition cases:
Morocco: "some members of the security forces tortured or otherwise abused detainees."
Saudi Arabia: "authorities reportedly at times abused detainees, both citizens and foreigners. Ministry of Interior officials were responsible for most incidents of abuse of prisoners."
Jordan: "police and security forces sometimes abused detainees during detention and interrogation, and allegedly also used torture. Allegations of torture were difficult to verify because the police and security officials frequently denied detainees timely access to lawyers."
Pakistan: "Security force personnel continued to torture persons in custody throughout the country."

The practice of renditions has not only grown in scope since September 2001. The stated purpose of post 9/11 extraordinary renditions has also shifted from delivering criminal suspects for prosecution to transferring suspects and detainees to other countries solely for detention or interrogation.[23] Senior U.S. officials have publicly acknowledged that the U.S. government is transferring individuals to the custody of other governments to be held on behalf of the United States. The general counsel of the Department of Defense, William Haynes, in a letter to U.S. Senator Patrick Leahy in June 2003, described the U.S. policy as follows:

> Should an individual be transferred to another country to be held on behalf of the United States, or should we otherwise deem it appropriate, United States policy is to obtain specific assurances from the receiving country that it will not torture the individual being transferred to that country. [24]

Arar's case appears to fit this new pattern. He was never charged with a crime by the Syrian government, which stated that it had no interest in him and had not requested his transfer to their custody for prosecution. On the contrary, senior Syrian officials stated that the U.S. government asked Syria to detain Arar on its behalf.[25]

U.S. officials appear for the most part to have relied on their counterparts to conduct interrogations and report any new information to them. "If we are getting everything we need from the host government, then there's no need for us to [conduct interrogations]," a former U.S. government official told Human Rights Watch. "There are some situations in which the host government can be more effective at getting information."[26]

II. Cases

Because of the secretive nature of renditions, little is known about specific individuals who have been subjected to these transfers, and details of the cases remain murky. A small number of cases, however, have come to light, including that of Maher Arar. As

---

Uzbekistan: "police and the NSS routinely tortured, beat, and otherwise mistreated detainees to obtain confessions or incriminating information… Torture was common in prisons, pretrial facilities, and local police and security service precincts. Defendants in trials often claimed that their confessions, on which the prosecution based its cases, were extracted by torture (see Section I.e.). In February 2003, the U.N. Special Rapporteur on Torture issued a report that concluded that torture or similar ill-treatment was systematic."

[23] Jehl and Johnson, "Rule Change…," *New York Times*.

[24] Letter from William J. Haynes II to Senator Patrick Leahy, June 25, 2003, [online] http://hrw.org/press/2003/06/letter-to-leahy.pdf (retrieved May 5, 2005). See also Letter of William J. Haynes II to Kenneth Roth, Executive Director of Human Rights, April 2, 2003, [online] http://www.hrw.org/press/2003/04/dodltr040203.pdf (retrieved May 5, 2005).

[25] According to press reports, Imad Moustafa, the charge d'affaires at the Syrian Embassy in Washington, denied Arar was tortured. Dana Priest, "Top Justice Aid Approved Sending Suspect to Syria," *Washington Post*, November 19, 2003, page A28. Priest quotes Moustafa as saying, "… Syria had no reason to imprison Arar. He said U.S. intelligence officials told their Syrian counterparts that Arar was an al-Qaeda member. Syria agreed to take him as a favor and to win goodwill of the United States, he said." Ibid.

[26] Human Rights Watch, *Black Hole*, p. 17 (Human Rights Watch telephone interview, name withheld on request, January 2005).

human rights organizations, the media, international bodies, and some parliamentary and other officials have called attention to the problem of renditions, more information has been learned over the past year about specific cases. As a result, there is increasing evidence that people who have been transferred to countries such as Syria, Egypt and Uzbekistan were tortured upon their return.

One such case is that of Mamdouh Habib, an Australian citizen of Egyptian origin. As revealed in court documents filed in federal court in the United States, Habib was detained in Pakistan in October 2001 and interrogated there by American agents. He was then sent to Egypt where he was tortured in prison for six months, and then transferred to the U.S. naval base at Guantanamo.[27] Habib was in Guantanamo for more than two and a half years before he was released without charge in January of this year.[28] His allegations of torture in Egypt are supported by Rhuhel Ahmed, Asif Iqbal and Shafiq Rasul, British nationals who were in detention at Guantanamo at the time of Habib's transfer there. According to the three British ex-detainees, Habib was in "catastrophic shape" when he arrived at Guantanamo: most of his fingernails were missing, and while sleeping he regularly bled from his nose, mouth and ears.[29]

Another rendition case followed a similar trajectory. In the months after the September 11th attacks, Pakistan apprehended a ranking al-Qaeda leader, Ibn al-Shaikh al-Libi, a Libyan national, and transferred him to U.S. custody. After a period during which CIA and FBI officials interrogated him, the CIA transferred al-Libi to Egyptian custody, and the FBI "lost track of him." After months in Egyptian detention, al-Libi was handed back to the United States, and remains in detention at Guantanamo Bay.[30]

In December 2001, Sweden expelled two Egyptian asylum seekers, Ahmed Agiza and Muhammad al-Zari, to Egypt, where they were held incommunicado for five weeks after their return.[31] The United States played a key role in executing this expulsion, including transporting the men from Sweden to Egypt in a private Gulfstream jet leased to the CIA.[32] Mats Melin, the Swedish parliament's chief ombudsman, stated in a March 2005

---

[27] Mamdouh Habib, et al. v. George W. Bush, et al., Petitioner's Memorandum of Points and Authorities in Support of His Application for Injunctive Relief (2004).

[28] See, for example, Raymond Bonner, "Australian's Long Path in the U.S. Antiterrorism Maze," *New York Times*, January 29, 2005, p. A4; Dana Priest, "Detainee Sent Home to Australia," *Washington Post*, January 29, 2005, page A21.

[29] Priest, "Detainee Sent Home to Australia," *Washington Post*.

[30] See Mayer, "Outsourcing Torture," *The New Yorker*; Human Rights Watch, "The United States' 'Disappeared': The CIA's Long-Term 'Ghost Detainees'," [Briefing Paper], October 2004, Annex I [online] http://www.hrw.org/backgrounder/usa/us1004/7.htm#_Toc84652978 (retrieved May 6, 2005).

[31] See Tim Reid, "Flight to torture: where abuse is contracted out," *The Times*, March 26, 2005, page 43; Mattias Karen, "Report: Security police broke law allowing Americans handle extradition of Egyptians," *Associated Press*, March 22, 2005 (retrieved March 22, 2005).

[32] See "The Broken Promise" (English Transcript), Kalla Fakta, Swedish TV4, May 17, 2004 [online] http://hrw.org/english/docs/2004/05/17/sweden8620.htm (retrieved March 3, 2005); "The Broken Promise, Part II" (English Transcript), May 24, 2004 [online] http://hrw.org/english/docs/2004/05/24/sweden9219.htm (retrieved March 3, 2005); "The Broken Promise, Part IV," (English Transcript), November 22, 2004 [online] http://hrw.org/english/docs/2004/11/22/sweden10351.htm (retrieved April 1, 2005).

report that "the American security personnel took charge" of the operation and criticized the Swedish security police for "los[ing] control of the situation at the airport and during the transport to Egypt."[33] The report faulted the Swedish Security service and airport police for "display[ing] a remarkable subordinance to the American officials."[34]

Despite monthly visits after their return to Egypt by Swedish diplomats, none of them in private, both men credibly alleged to their lawyers and family members—and, indeed, to Swedish diplomats as well—that they had been tortured and ill-treated in detention.[35] To date these allegations and the roles of all three governments – Sweden, Egypt and the United States – have not been fully investigated, and the Bush administration has not acknowledged its role in the transfer of these men to Egypt.

Other renditions facilitated by the United States have been effected from European soil. For example, an Italian prosecutor is investigating the U.S. role in the February 2003 abduction of Hassan Mustafa Usama Nasr, an Egyptian cleric also known as Abu Omar. Abu Omar disappeared from Milan in February 2003, when eyewitnesses reported that he was abducted while walking to a mosque for noon prayers. He was not heard from until Italian police recorded a phone call he made to his wife a year later saying that he had been taken to a U.S. air base in Italy and then flown to Cairo.[36] During the call to his wife, Abu Omar claimed "he had been tortured so badly by secret police in Cairo that he had lost hearing in one ear."[37]

Another variant of a rendition case gained attention when the parents of Ahmed Omar Abu Ali, a U.S. citizen, alleged that their son was arrested by Saudi authorities in June 2003 while he was studying there, detained at the behest of U.S. authorities, and tortured during his twenty months in Saudi custody. In December 2004, a U.S. court rejected the government's motion to dismiss Abu Ali's petition for habeas corpus, ruling that it might have jurisdiction over Abu Ali's detention in Saudi Arabia if it could be established that the U.S. government had played a role in his detention by Saudi authorities. The federal court's ruling forced the Bush administration to take Abu Ali into U.S. custody and to bring criminal charges against him in February 2005.[38] More recently, Abu Ali filed

---

[33] Mattias Karen, "Report: Security police broke law allowing Americans handle extradition of Egyptians," Associated Press, March 22, 2005 (retrieved March 22, 2005).

[34] Chefsjustitieombudsmannen Mats Melin, Avvisning till Egypten - en granskning av Säkerhetspolisens verkställighet av ett regeringsbeslut om avvisning av två egyptiska medborgare [Expulsion to Egypt: A review of the execution by the Security Police of a government decision to expel two Egyptian citizens], Reference Number: 2169-2004, March 22, 2005, section 3.2.2, copy on file with Human Rights Watch.

[35] Human Rights Watch Report, "Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard against Torture," April 2005, p. 58, [online] http://www.hrw.org/reports/2005/eca0405/ (retrieved May 6, 2005). *See generally*, ibid, pages 57-63.

[36] See Craig Witlock, "Europeans Investigate CIA Role in Abductions," Washington Post (March 13, 2005), pp. A1 and A 18.

[37] Stephen Grey, *U.S. Agents "Kidnapped Militant" for Torture in Egypt*, *The Sunday Times* (London), Feb. 6, 2005.

[38] See Editorial, "Shame on Bush for Rights Violation," *Newsday*, February 27, 2005; Michael Isikoff, "A Tangled Web," *Newsweek*, March 7, 2005. On February 22, 2005, Abu Ali was arraigned in U.S. District Court in Alexandria, Virginia, on charges of conspiracy to commit terrorism. For a detailed account of the case, see Elaine Cassel, "The Strange Case of Ahmed Omar Abu Ali: Troubling Questions about the

court papers alleging that he had been interrogated by FBI agents while in Saudi custody, that he informed the FBI that he was being subjected to torture by the Saudi authorities, and that the FBI agents did not respond to his allegations.[39]

Maher Arar's case sits alongside these and other known cases of renditions to risk of torture. As in these cases, Arar was transferred to the custody of a government with a well-documented record of torture – one amply documented by the U.S. government in its annual State Department country reports on human rights. While his rendition occurred following expedited immigration proceedings, the end result was much the same. Notwithstanding the absolute prohibition on sending persons to places where they are at risk of torture or ill-treatment, the United States delivered Maher Arar to the custody of a government that President George W. Bush would later criticize for leaving its people a legacy of torture and oppression.[40]

These cases challenge the Bush Administration's contention that its rendition policy is lawful and does not expose people to a risk of torture. Despite the dearth of information about renditions, there is mounting evidence that suspects transferred to the custody of other governments have in fact suffered torture and ill-treatment at the hands of their jailers – a result that was wholly predictable given the poor human rights records of the receiving governments. These transfers violate the legal obligation of the United States – and of any government – not to deliver a person to the custody of another state where he or she is at risk of torture or other ill-treatment.

U.S. Legal Obligations

The United States is bound under both international law and U.S. domestic legislation not to send a person to a place where he or she is at risk of torture. This *nonrefoulement* obligation is absolute, and admits of no exception under any circumstances.

I. International Law

A. Convention Against Torture

The United States signed the U.N. Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment[41] (hereinafter "CAT") in April 1988, and ratified

---

Government's Motives and Tactics," FindLaw's Legal Commentary (March 7, 2005), at http://writ.news.findlaw.com/cassel/20050307.html [retrieved April 1, 2005]. For more information, see World Organization for Human Rights USA website at http://www.humanrightsusa.org.

[39] See Jerry Markon, "Terror Suspect's Attorneys Link FBI to Alleged Torture by Saudis," *Washington Post*, May 11, 2005.

[40] Remarks by President George W. Bush at the Twentieth Anniversary of the National Endowment of Democracy, November 6, 2003 [online], http://www.ned.org/events/anniversary/oct1603-Bush.html (retrieved May 12, 2005).

[41] United Nations Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, opened for signature December 10, 1984, G.A. Res. 39/46, 39 U.N. GAOR Supp. No. 51, at 197, U.N. Doc. A/RES/39/708 (1984), entered into force June 26, 1987, 1465 U.N.T.S. 85, 23 I.L.M. 1027 (1984), as modified, 24 I.L.M. 535, available at http://www.ohchr.org/english/law/cat.htm (retrieved April 26, 2005).

the treaty in October 1994. U.S. ratification was subject to certain declarations, reservations, and understandings, including that the Convention was not self-executing, and therefore required domestic implementing legislation to take effect.[42]

Article 3 of the CAT establishes the obligation of *nonrefoulement* in cases in which a person would be at risk of torture if sent to a given country. Article 3(1) specifically provides that "no state shall expel, return ("*refouler*") or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture." Article 3(2) further requires a sending government to take into consideration the existence of gross, flagrant or mass violations of human rights when assessing the risk of torture.[43]

The United States added an understanding to article 3 of the CAT, indicating that it would interpret the phrase "where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture" to mean "if it is more likely than not that he would be tortured."[44] The "more likely than not" standard has been incorporated into U.S. immigration regulations that govern a determination to grant withholding of removal on CAT grounds.[45] This standard is more restrictive than the interpretation of the U.N. Human Rights Committee.[46] However, given that it is framed not as a reservation but as an understanding that seeks to clarify the meaning of terms used in the CAT, the U.S. understanding has generally not been viewed as an attempt to derogate from the *nonrefoulement* obligation of article 3.[47] The U.S. government has not based its current rendition policy on a claim that its understanding of Article 3 allows it to transfer

---

[42] Sen. Exec. Rpt. 101-30, Resolution of Advice and Consent to Ratification, (1990), [online] http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterIV/treaty14.asp (retrieved May 9, 2005.

[43] The text of article 3 of the CAT is:

1. No State Party shall expel, return ("refouler") or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture.
2. For the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights.

[44] Sen. Exec. Rpt. 101-30, Resolution of Advice and Consent to Ratification, (1990), at paragraph II.3.

[45] See Michael John Garcia, "The U.N. Convention Against Torture: Overview of U.S. Implementation Policy Concerning the Removal of Aliens," *Congressional Research Service*, March 11, 2004, [online] http://www.law.duke.edu/curriculum/coursehomepages/Fall2004/351_01/readings/crs.pdf#search='crs%20convention%20torture%20removal' (retrieved May 5, 2005), at page 6.

[46] See Association of the Bar of the City of New York and Center for Human Rights and Global Justice at NYU School of Law, "Torture by Proxy: International and Domestic Law Applicable to 'Extraordinary Renditions'," October 2004, page 37. The commentators point out that according to the Committee Against Torture "substantial risk" does not require the risk to be highly probable though it should be higher than theory or suspicion, a threshold which is lower than the U.S. "more likely than not." See Committee Against Torture, General Comment 1, *Communications concerning the return of a person to a State where there may be grounds he would be subjected to torture (article 3 in the context of article 22)*, U.N. Doc. A/53/44, annex IX at 52 (1998), [online] http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/Gen_Com.nsf/3b4ae2c98fe8b54dc12568870055fbbd/187234925cc264a6c12568870052d8d1?OpenDocument (retrieved May 9, 2005).

[47] See, for example, Association of the Bar of the City of New York and Center for Human Rights and Global Justice at NYU School of Law, "Torture by Proxy: International and Domestic Law Applicable to 'Extraordinary Renditions'," October 2004, footnote 227.

persons to a risk of torture in contravention of the international norm, and therefore the understanding has not been a focus of concern regarding current U.S. rendition practices.

The Bush Administration has recently set out its understanding of its obligations under article 3 of the CAT in its report to the U.N. Committee Against Torture, which it submitted on May 6, 2005.[48] After acknowledging its *nonrefoulement* obligation, the U.S. government states in the report that it:

> is aware of allegations that it has transferred individuals to third countries where they have been tortured. The United States does not transfer persons to countries where the United States believes it is "more likely than not" that they will be tortured. This policy applies to all components of the United States government. The United States obtains assurances, as appropriate, from the foreign government to which a detainee is transferred that it will not torture the individual being transferred. If assurances were not considered sufficient when balanced against treatment concerns, the United States would not transfer the person to the control of that government unless the concerns were satisfactorily resolved.[49]

In the immigration context, the U.S. report to the Committee Against Torture states that the U.S. government relies on assurances in a "very small number of cases" and only when doing so is consistent with Article 3 of the CAT.[50] In extradition cases, the decision to seek assurances is made on a case-by-case basis.[51] With respect to transfers from U.S. detention at Guantanamo Bay, the report describes U.S. policy in terms consistent with the general policy above, noting that both returns to risk of torture under the CAT and to persecution under the Refugee Convention standard are taken into account. The report refers to circumstances in which the Department of Defense has "elected not to transfer detainees to their country of origin because of torture concerns."[52] This language undoubtedly refers to the nearly two dozen Chinese Uighurs held at Guantanamo Bay.[53]

The prohibition on *refoulement* can also be rooted in the notion of complicity in torture. Article 4 of the CAT makes clear that the crime of torture encompasses not only direct acts of torture, but also participation and complicity in torture.[54] The concept of

---

[48] Second Periodic Report of the United States of America to the Committee Against Torture, May 6, 2005 [online] http://www.state.gov/g/drl/rls/45738.htm (retrieved May 12, 2003). Under Article 19 of the CAT, states party are required to submit periodic reports to the Committee every four years. The United States had submitted its previous report in 1999.

[49] Ibid, para 27.

[50] Ibid, para 30.

[51] Ibid, para 37.

[52] Ibid, Annex I, Part 1, II.E.

[53] See Joe McDonald, "Powell says U.S. won't send home Chinese Muslims held at Guantanamo Bay," *Associated Press*, August 13, 2004.

[54] Article 4(1) of the CAT reads as follows: "Each State Party shall ensure that all acts of torture are offences under its criminal law. The same shall apply to an attempt to commit torture and to an act by any person which constitutes complicity or participation in torture."

accomplice liability is well established in U.S. domestic law as well.[55] In addition, a state may be in breach of its international obligations by means of knowingly assisting in the unlawful act of another state.[56]

B. International Covenant on Civil and Political Rights

The International Covenant on Civil and Political Rights[57] (hereinafter "ICCPR"), ratified by the U.S. on June 8, 1992, provides in article 7 that "no one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment." This guarantee is nonderogable, i.e. it remains in full force even in times of emergency that threaten the life of the nation. The Human Rights Committee, which monitors implementation of the ICCPR by national governments, has interpreted the Convention's prohibition on torture and ill-treatment to include the *nonrefoulement* obligation: "In the view of the Committee, State parties must not expose individuals to the danger of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment upon return to another country by way of their extradition, expulsion or *refoulement*."[58]

Moreover, in March 2004, the Human Rights Committee adopted General Comment No. 31 on ICCPR article 2 (concerning nondiscrimination) regarding "The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant." Paragraph 12 reads:

> ". . . the article 2 obligation requiring that States Parties respect and ensure the Covenant rights for all persons in their territory and all persons under their control entails an obligation not to extradite, deport, expel or otherwise remove a person from their territory, where there are substantial grounds for believing that there is a real risk of irreparable harm, such as that contemplated by articles 6 [right to life] and 7 [torture or cruel, inhuman or degrading treatment] of the Covenant, either in the country to which removal is to be effected or in any country to which the person may subsequently be removed. The relevant judicial and administrative

---

[55] See, for example, 18 U.S.C. §2. For an analysis of accomplice liability under U.S. domestic law in rendition cases, see Association of the Bar of the City of New York and Center for Human Rights and Global Justice at NYU School of Law, "Torture by Proxy: International and Domestic Law Applicable to 'Extraordinary Renditions'," October 2004, pp.103-108.

[56] See Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, adopted by the International Law Commission in its 53rd session (2001), A/56/10 (supplement 10), chp.IV.E.1, December 12, 2001, art. 16-17. For an analysis on the derivative responsibility of the United States for the actions of another state and actions of organs of another state under U.S. direction and control in the rendition context, see Association of the Bar of the City of New York and Center for Human Rights and Global Justice at NYU School of Law, "Torture by Proxy: International and Domestic Law Applicable to 'Extraordinary Renditions'," October 2004, pp. 98-100.

[57] International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. Res. 2200A (XXI), U.N. GAOR, 21st Sess., Supp. No. 16, at 52, U.N. Doc. A/6316 Dec. 16, 1966, entered into force 23 March 1976, 999 U.N.T.S. 171 [online] http://www.ohchr.org/english/law/ccpr.htm (retrieved May 9, 2005).

[58] Human Rights Committee, General Comment 20, *Article 7*, U.N. Doc. A/47/40 (1992), [online] http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/6924291970754969c12563ed004c8ae5?Opendocument (retrieved May 9, 2005).

authorities should be made aware of the need to ensure compliance with the Covenant obligations in such matters."[59]

It is important to note that such "irreparable harm," in accordance with ICCPR article 7, expressly includes cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment.

C. Other International Instruments and Mechanisms

1. U.N. Refugee Convention

The *nonrefoulement* obligation is also a core principle of international refugee law. The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol (Refugee Convention) require that no state "shall expel or return ('*refouler*') a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion."[60] The United States is a party to the 1967 Protocol, and has implemented its international obligations in U.S. domestic law through the Refugee Act of 1980.[61]

Unlike the CAT and ICCPR, the prohibition against *refoulement* under the Refugee Convention and Protocol is not absolute and exceptions to its protections are permitted in very narrow circumstances.[62] Any person excluded from refugee status or continuing protection from *refoulement* as a result of any one of these exceptions, however, retains the right to claim protection from return or transfer to risk of torture or ill-treatment under other international instruments, such as the CAT, as well as under customary international law.

---

[59] Human Rights Committee, General Comment No. 31, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, March 26, 2004 (adopted on March 29, 2004) [online] http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/Gen_Com.nsf/a1053168b922584cc12568870055fbbc/7fe15c0f9b9dc489c1256ed800498f39?OpenDocument (retrieved May 9, 2005). ICCPR article 2 reads: "Each State party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals with its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status."

[60] 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, 189 U.N.T.S. 150, entered into force April 22, 1954, article 33 [online] http://www.ohchr.org/english/law/refugees.htm (retrieved March 18, 2005); 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees 606 U.N.T.S. 267, entered into force Oct. 4, 1967, [online] http://www.ohchr.org/english/law/protocolrefugees.htm (retrieved March 18, 2005).

[61] Refugee Act of 1980, Pub. L. No. 96-212, 94 Stat. 102 (1980).

[62] A person seeking refugee status can be excluded from such status based on article 1F of the Refugee Convention, which in general terms, precludes refugee status from persons who committed war crimes or serious non-political crimes. As for persons already recognized as refugees, article 33 of the refugee Convention states that *nonrefoulement* "may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country." In addition, article 32, Expulsion, requires due process of law for expulsion decisions, and that the refugee be allowed to submit evidence and be represented unless compelling reasons of national security require otherwise.

2. International Humanitarian Law

International humanitarian law prohibits torture and ill-treatment of combatants and civilians, in all circumstances of international and non-international armed conflict.[63] The Geneva Conventions explicitly permit the transfer of prisoners of war (POWs) and civilians only to states that are parties to the conventions and willing to comply with the protections codified in them.[64] The humanitarian law prohibition of torture and ill-treatment covers virtually all persons who may be detained in situations of armed conflict, including unprivileged combatants or civilians who take up arms. But even in situations of armed conflict, certain human rights norms, including the norm against torture and ill-treatment as well as *refoulement* to such abuse, continue to apply because of their nonderogable nature. As a result, no person is left unprotected at any time, regardless of nationality, status as a combatant, or the characterization of hostilities.

The prohibition on torture and *refoulement* under international humanitarian law is important to note in the context of the U.S. global campaign against terrorism. President Bush has recently attempted to defend U.S. rendition policy based in part on an ongoing state of war. Although he claimed the policy complies with the law because "we expect the countries where we send somebody not to torture"[65], this assertion ignores the well-documented records of torture by receiving governments and the absolute nature of the prohibition on *refoulement*. Even if the Bush Administration were to claim that Maher Arar, as a terrorist suspect, could be treated as an enemy combatant, it would make no

---

[63] First Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, August 12, 1949, 75 U.N.T.S. 31, entered into force October 21, 1950, art. 50; Second Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, August 12, 1949, 75 U.N.T.S. 85, entered into force October 21, 1950, art. 51; Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, August 12, 1949, 6 U.S.T. 3316, 75 U.N.T.S. 135, entered into force October 21, 1950, arts. 13, 17, 130; Fourth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, August 12, 1949, 6 U.S.T. 3516, 75 U.N.T.S. 287, entered into force October 21, 1950, arts. 31, 32, 147; Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 1125 U.N.T.S. 3, entered into force December 7, 1978, arts. 11, 85; Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 1125 U.N.T.S. 609, entered into force December 7, 1978, art. 4.2. In addition, customary international law, common article 3 to the Geneva Conventions, and art. 75 of Protocol I require humane treatment of all detained persons in both international and non-international armed conflicts.

[64] Third Geneva Convention, art. 12 ("Prisoners of war may only be transferred by the Detaining Power to a Power which is a party to the Convention and after the Detaining Power has satisfied itself of the willingness and ability of such transferee Power to apply the Convention. When prisoners of war are transferred under such circumstances, responsibility for the application of the Convention rests on the Power accepting them while they are in its custody."); Fourth Geneva Convention, art. 45 ("Protected persons may be transferred by the Detaining Power only to a Power which is a party to the present Convention and after the Detaining Power has satisfied itself of the willingness and ability of such transferee Power to apply the present Convention. If protected persons are transferred under such circumstances, responsibility for the application of the present Convention rests on the Power accepting them, while they are in its custody.... In no circumstances shall a protected person be transferred to a country where he or she may have reason to fear persecution for his or her political opinions or religious beliefs.")

[65] Press Conference by the President, April 28, 2005 [online] http://www.whitehouse.gov/news/releases/2005/04/20050428-9.html (retrieved April 29, 2005).

difference with regard to his right not to be transferred to a risk of torture and the concomitant U.S. obligation not to transfer him to a risk of torture. The laws of war prohibit torture and ill-treatment in all circumstances, including *refoulement* to such abuse. Moreover, as noted above, regardless of a person's status under international humanitarian law, he or she remains protected at all times by the international human rights law prohibition on torture and *refoulement*.

3. Other International Mechanisms

The U.N. Special Rapporteur on Torture has expressed serious concern about government practices that are increasingly undermining the absolute prohibition on *nonrefoulement* to torture. In his report to the U.N. General Assembly in September 2004, the outgoing Special Rapporteur, Theo von Boven, highlighted the problem of renditions to torture and called on governments to respect their essential obligation to prevent acts of torture and ill-treatment not only in their own territory, but also "by not bringing persons under the control of other States if there are substantial grounds for believing that they would be in danger of being subjected to torture."[66] More recently, the newly-appointed Special Rapporteur, Manfred Nowak, expressed deep concern about attempts to circumvent the absolute nature of the prohibition on torture and ill-treatment in the name of countering terrorism, including, *inter alia*, "returning suspected terrorists to countries which are well-known for their systematic torture practices."[67]

The most recent resolution of the U.N. Commission on Human Rights on the problem of torture takes a firm stand against transferring persons to places where they are at risk of torture. Unlike previous years, the 2005 resolution addresses the *nonrefoulement* obligation in an operative paragraph in the text, and makes clear that all forms of transfer to risk of torture are prohibited by international standards. It urges states not to expel, return, extradite "or in any other way transfer" a person to a place where he or she is at risk of torture.[68] The resolution was co-sponsored by numerous governments, including the United States and Canada, and was unanimously adopted by the U.N. Commission on Human Rights on April 19, 2005.

D. Customary International Law

The prohibition against torture and ill-treatment has risen to the level of *jus cogens*, that is, a peremptory norm of international law. As such it is considered part of the body of

---

[66] Report of the Special Rapporteur on Torture Theo van Boven to the General Assembly, A/59/324, September 1, 2004, para. 27, [online] http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/498/52/pdf/N0449852.pdf?OpenElement (retrieved May 9, 2005). See generally, ibid, paras. 25-42.

[67] Statement of the Special Rapporteur on Torture, Manfred Nowak, to the 61st Session of the U.N. Commission on Human Rights, Geneva, April 4, 2005 [online] http://www.unhchr.ch/huricane/huricane.nsf/424e6fc8b8e55fa6802566b0004083d9/60b1e9ae29afe9b6c1256fdd0041b400?OpenDocument (retrieved May 9, 2005).

[68] U.N. Commission on Human Rights, Resolution 2005/39 on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, adopted April 19, 2005, [online] http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G05/136/95/pdf/G0513695.pdf?OpenElement (retrieved May 9, 2005).

customary international law that binds all states, whether or not they have ratified the treaties in which the prohibition against torture is enshrined. Many governments, human rights experts, and legal scholars have also affirmed that the prohibition against *refoulement*, derivative of the absolute ban on torture and from which no derogation is permitted, shares its *jus cogens* character.[69] The U.N. Special Rapporteur on Torture has stated that "The principle of *nonrefoulement* is an inherent part of the overall absolute and imperative nature of the prohibition of torture and other forms of ill-treatment."[70]

The norm against torture, moreover, is undoubtedly one of the "basic rights of the human person" that partake of an *erga omnes* character, that is, it is one in which all states have a legal interest in ensuring its protection.[71] The *erga omnes* character of the norm signals that states have a right to pursue remedies for its violation collectively as well as individually. Torture is a grave breach of the Geneva Conventions, which require states parties to "search for" persons committing such crimes regardless of their nationality and bring them to justice in their own courts.[72] It is a crime of universal jurisdiction, and can also constitute a crime against humanity or a war crime under the jurisdiction of the International Criminal Court.[73] Implicit in such a general right of enforcement and remedy on the part of the whole international community is the principle that states also have an obligation not to facilitate violations, either by their own agents or agents of another state. Transferring individuals to states where they are at risk of torture and prohibited ill-treatment, under the rationale of unreliable diplomatic assurances, flies in the face of this principle.

---

[69] See Elihu Lauterpacht and Daniel Bethlehem, "The Scope and Content of the Principle of *Nonrefoulement*," June 20, 2001, re-published February 2003 [online] http://www.unhcr.ch/cgi-bin/texis/vtx/publ/opendoc.pdf?tbl=MEDIA&id=419c75ce4 (retrieved May 2, 2005); Rene Bruin and Kees Wouters, "Terrorism and the Non-Derogability of *Nonrefoulement*," *International Journal of Refugee Law*, Volume 15 No. 5 (2003), section 4.6 [The *jus cogens* nature of *nonrefoulement*]; Jean Allain, "The *Jus Cogens* Nature of *Nonrefoulement*," *International Journal of Refugee Law*, Vol. 13 (2001), p. 538; David Weissbrodt and Isabel Hörtreitere, "The Principle of *Nonrefoulement*: Article 3 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Comparison with the *Nonrefoulement* Provisions of Other International Human Rights Treaties," *Buffalo Human Rights Law Review*, Vol. 5 (1999).

[70] Report of the Special Rapporteur on Torture Theo van Boven to the General Assembly, A/59/324, September 1, 2004, para. 28.

[71] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 32, para. 33. Although the *Barcelona Traction* case did not specifically enumerate torture, it is widely accepted that the prohibition against torture and cruel, inhuman, or degrading treatment is a norm of such fundamental importance and universal acceptance that it falls into this class of obligations, and moreover, is a crime of universal jurisdiction. See, for example, *Restatement of the Law (Third): The Foreign Relations Law of the United States* (The American Law Institute: Washington, D.C.) 1986 at § 702 Comment (o) and M. Cherif Bassiouni, "International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*," Law & Contemp. Prob., 25 (1996), pp. 63, 68.

[72] See, e.g. arts. 146 and 147 to the Fourth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, August 12, 1949.

[73] Rome Statute of the International Criminal Court, 1998, U.N. Doc. 2187 U.N.T.S. 90, entered into force July 1, 2002, arts. 7(1)(f); 8(2)(ii); 8(2)(c)(i-ii); see also the International Law Commission's Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, at articles 8 and 9, 1996 [online] http://www.un.org/law/ilc/texts/dccomfra.htm (retrieved March 31, 2005). This foundational document for the Rome Statute laid out torture as a crime of universal jurisdiction to which every state is obliged to extend its criminal jurisdiction regardless of where or by whom the crime was committed.

II. U.S. Domestic Law

In 1998, the U.S. Congress passed legislation that implemented article 3 of the CAT. Section 2242(a) of the Foreign Affairs Reform and Restructuring Act of 1998 (hereinafter FARRA) states that:

> It shall be the policy of the United States not to expel, extradite, or otherwise effect the involuntary return of any person to a country in which there are substantial grounds for believing the person would be in danger of being subjected to torture, regardless of whether the person is physically present in the United States.[74]

The policy statement contained in the FARRA largely repeats the obligation under article 3(1) of the CAT, but its language is note worthy. It spells out that the prohibition covers all types of transfers, regardless of whether the person is physically present in the United States. This language can easily support the conclusion that all types of transfers are thus covered by this provision, including extra-territorial renditions. In addition, the law repeats the "substantial grounds" standard which appears in the CAT, and foregoes the "more likely than not" language of the U.S. understanding submitted at the time of its ratification of the convention.

The 1998 law also mandates that all relevant federal agencies promulgate regulations to ensure full and effective implementation of the law.[75] Regulations are necessary to translate the policy into action and to give guidance to the officials charged with implementing the policy. Regulations serve two important purposes. First, they spell out the procedures that individuals whose rights are at stake may use to challenge their proposed transfer under the law. Second, they give practical effect to the government's *nonrefoulement* obligation by providing detailed guidance to U.S. authorities as to the steps they must take in a case where there is a possibility of torture upon transfer to another government. In this way, regulations help to make real the fundamental right against transfer to torture.

Only two federal agencies, however, have complied with this requirement of the law. The former Immigration and Nationalization Service (INS) promulgated detailed implementing regulations pursuant to the FARRA for immigration cases in March 1999, which remain binding on the immigration courts[76] as well on the immigration service following its restructuring as part of the Department of Homeland Security (DHS) in March 2003.[77] The Department of State issued cursory regulations regarding extraditions also in 1999.[78] No other agency has issued regulations. While there has been some

---

[74] Foreign Affairs Reform and Restructuring Act of 1998, Pub. L. No. 105-277 (8 U.S.C. 1231 note), § 2242(a).
[75] FARRA, § 2242(b).
[76] 8 CFR 1208.16-1208.18.
[77] 8 CFR 208.16-208.18.
[78] 22 CFR 95.1-95.4.

suggestion that the CIA may have internal policy guidelines,[79] neither the CIA nor the Department of Defense has any formal, publicly available regulations to implement the *nonrefoulement* requirement of the 1998 legislation. This failing is significant, given the important role of these agencies in the detention and transfer of terrorist suspects to the custody of other governments.

Diplomatic Assurances

The U.S. rendition program hinges on the use of diplomatic assurances, or formal promises from receiving governments that they will not subject the transferred person to torture or ill-treatment. When questioned about the legality of its renditions to countries widely known to engage in torture – countries like Syria, Egypt or Uzbekistan – the Bush Administration justifies the transfers by pointing to the fact that it has received diplomatic assurances from the receiving government.[80] The U.S. government grounds its claim that it can render suspects to countries like Syria, Egypt and Uzbekistan without violating its legal obligations on the use of diplomatic assurances. It is the assurances that enable the United States to square the circle and to claim that these renditions do not violate the absolute prohibition on renditions to risk of torture.

When assurances are thoroughly analyzed, however, it is clear that they provide no justification for transferring suspects to countries that use torture. Because of their legal and practical failings, diplomatic assurances offer no safeguard against torture. Assurances therefore do not transform an illegal rendition into a lawful transfer of custody.

I. Origins of Assurances – Extraditions to the United States in Potential Death Penalty Cases

Obtaining diplomatic assurances prior to transferring custody of a criminal suspect is not a new phenomenon. Diplomatic assurances have been used in the death penalty context for many years. The U.N. Model Treaty on Extradition of 1990,[81] for example, includes the death penalty as optional grounds for refusal to extradite, unless the state requesting extradition supplies sufficient assurances. The growing international trend to abolish the death penalty of the last few decades has led governments and international bodies to re-evaluate extradition practices where capital punishment is a possibility.[82]

---

[79] See Michael John Garcia, "Renditions: Constraints Imposed by Laws on Torture," *Congressional Research Service*, April 28, 2005 , page 8, [online] http://www.fas.org/sgp/crs/natsec/RL32890.pdf#search='congressional%20research%20service%20RL32890' (retrieved May 9, 2005) ("CIA regulations concerning renditions…are not publicly available.")

[80] See for example, Press Conference by the President, March 16, 2005; Letter from William J. Haynes II to Senator Patrick Leahy, June 25, 2003; Mark Sherman, "Gonzales: U.S. Won't Send Detainees to Torturers; Attorney General Alberto Gonzales Said the United States does not Send Detainees to Nations Allowing Torture, but Once They are Transferred, Can't Ensure Good Treatment," *Miami Herald*, March 8, 2005.

[81] Model Treaty on Extradition, A/RES/45/116, 14 December 1990, article 4(d), [online] http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r116.htm (retrieved May 13, 2005).

[82] See Amnesty International, "USA: No Return to Execution: the US Death Penalty as a Barrier to Execution," November 2001, at p. 11 [online]

Canada is a good example of the growing reticence to extradite suspects without proper safeguards against possible execution. As the use of the death penalty has become increasingly disfavored around the world, the need for assurances against it in order for Canada to extradite a criminal suspect has grown. According to the extradition treaty between the U.S. and Canada, which was ratified in 1976, the extraditing country may require assurances against the death penalty.[83] In two cases during the 1990's, *Re Ng Extradition* and *Kindler v. Canada*, the Supreme Court of Canada held that seeking assurances against the death penalty was at the discretion of the administrative branch, and not constitutionally required in every case.[84] In 2001, however, the Canadian Supreme Court took a step forward in *U.S. v. Burns*, holding that "in the absence of exceptional circumstances, which we refrain from trying to anticipate, assurances in death penalty cases are always constitutionally required."[85] Although the Burns decision remains problematic because it opened the door to an exception, the general rule that assurances are constitutionally required in death penalty cases was a significant advance since *Kindler*.

International bodies have also addressed this issue. The Human Rights Committee, which reviewed Canada's extradition of Chitat Ng, found that Canada violated its obligations under the ICCPR by extraditing him to California without assurances against the death penalty.[86] At the time of Ng's extradition, the sole method of execution in California was through gas asphyxiation. The Committee found that this method violates the prohibition on cruel, inhuman or degrading treatment or punishment under article 7 of the ICCPR.

The European Court of Human Rights (ECHR) has also addressed the question of assurances in extradition cases to countries that retain the death penalty. In 1989, the United Kingdom was about to extradite Jens Soering to the U.S. state of Virginia, despite the fact that it had not obtained assurances against Soering's execution. The U.K. government had secured a commitment only that its view of the death penalty would be explained to the sentencing judge. Soering, a German national, applied to the ECHR for relief.[87] Article 3 of the European Convention Human Rights and Fundamental

---

http://web.amnesty.org/library/pdf/AMR511712001ENGLISH/$File/AMR5117101.pdf (retrieved May 2, 2005).

[83] See Treaty on Extradition, as amended by exchange of notes of 28 June and 9 July 1974; entered into force 22 March 1976, 27 U.S.T. 983; T.I.A.S. 8237, art. 6.

[84] *Reference Re Ng Extradition* (Can.), [1991] 2 S.C.R. 858 [online] http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1991/vol2/html/1991scr2_0858.html (retrieved May 5, 2005); *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779 [online] http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1991/vol2/html/1991scr2_0779.html (retrieved May 5, 2005).

[85] *USA v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, paragraph 65. [online] http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/2001/vol1/html/2001scr1_0283.html (retrieved May 2, 2005).

[86] *Chitat Ng v. Canada*, U.N. Human Rights Commission, Communication No. 469/1991, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/469/1991 (1994) [online] http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/MasterFrameView/0c4df251fe2fbc24802567230056fc46?Opendocument (retrieved May 13, 2005).

[87] *Soering v. United Kingdom*, European Court of Human Rights, Judgment of July 7, 1989, Series A No. 161.

Freedoms[88] prohibits torture and inhuman or degrading treatment or punishment. Given the long wait on death row as well as Mr. Soering's age and mental state at the time of the offense, the ECHR found that extradition "would expose him to a real risk of treatment going beyond the threshold set by Article 3"[89] of the European Convention.

Both the ECHR in *Soering* and the Human Rights Committee in the case of *Ng* found that the failure to secure assurances against the death penalty was in violation of the prohibition against ill-treatment, established in article 3 of the European Convention and article 7 of the ICCPR respectively.

Assurances against torture versus assurances against the death penalty

Assurances may provide an appropriate safeguard against the death penalty, but their use in the context of torture and ill-treatment is quite different. Regardless of one's views about the death penalty[90] and the trend toward worldwide abolition, it is not *per se* a violation of international human rights law. Because capital punishment remains lawful in the United States, it is carried out publicly and only after the imposition of a death sentence at a public trial. A government that extradites or transfers a criminal suspect to U.S. custody on the basis of assurances against the death penalty would know whether the U.S. government or a state government had violated those assurances at the moment when it sought the death penalty at trial or when it scheduled the case for execution. A sending state could protest the violation of the assurances before the execution.

By contrast, ensuring compliance with assurances against torture is complicated and often ineffective. Torture and ill-treatment are illegal in all circumstances, and governments therefore attempt to hide their illegal conduct. Abusive governments that engage in torture are typically highly skilled at using torture methods that do not leave physical marks or indications. The secrecy and obfuscation that surround the use of torture make it impossible for sending governments to know whether the assurances have been violated – unless the victim survives, is freed, and finds safe haven in order to recount his or her experiences. For these reasons, diplomatic assurances may be appropriate in the context of extradition to states that retain the death penalty, but they do not protect against torture or ill-treatment.

---

[88] European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 222, entered into force Sept. 3, 1953, as amended by Protocols Nos 3, 5, 8, and 11 which entered into force on 21 September 1970, 20 December 1971, 1 January 1990, and 1 November 1998 respectively, [online] http://www.echr.coe.int/Convention/webConvenENG.pdf (retrieved May 2, 2005). At the time of the ruling the United Kingdom did not ratify Protocol 6 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms which bans the death penalty.

[89] *Soering*, at para. 111.

[90] Human Rights Watch opposes capital punishment in all circumstances. The death penalty is a form of punishment unique in its cruelty and is inevitably carried out in an arbitrary manner, inflicted primarily on the most vulnerable - the poor, the mentally ill, and persons of color. The intrinsic fallibility of all criminal justice systems assures that even when full due process of law is respected, innocent persons may be executed.

II. Diplomatic Assurances in Rendition Cases

The United States is prohibited under both U.S. and international law from sending a person to a place where he or she is at risk of being tortured. Despite the absolute prohibition on such transfers, the U.S. government has sent numerous suspects to countries with well-documented records of torture and ill-treatment since September 11, 2001. Some of these renditions have been carried out within a legal framework, such as an immigration removal, while others have involved covert transfers carried out by the executive branch outside the law.

The U.S. justifies these transfers by claiming it seeks diplomatic assurances that the transferred person will be treated humanely and not be tortured.[91] Diplomatic assurances are formal promises, either written or verbal, from the receiving government that it will not subject the transferred person to torture or ill-treatment. Obtained through diplomatic channels, the assurances are not legally binding, but are rather a set of "understandings" between the two governments. In some cases, the assurances include monitoring mechanisms, mainly allowing the sending country's diplomats to visit the transferred person.[92]

While it is the stated policy of the United States to seek assurances against torture, provision for the use of assurances is expressly provided for only in immigration law.[93] The immigration regulations, as written, require that the Attorney General, in consultation with the Secretary of State, verify and assess the reliability of any assurances obtained by the U.S. government in an immigration case. Although the Attorney General's responsibilities appear to have shifted to the Secretary of Homeland Security with the creation of the new department, the Attorney General would have made this assessment in Maher Arar's case, which predates the creation of the new agency.[94]

The reliability assessment required by the immigration regulations is completely discretionary and not subject to judicial review.[95] In extraordinary rendition cases, the State Department and Central Intelligence Agency (CIA) apparently are tasked with

---

[91] See above, note 80.

[92] For example, see Priest, "CIA's Assurances...," *Washington Post*, ("CIA Director Porter J. Goss told Congress a month ago that the CIA has "an accountability program" to monitor rendered prisoners. But he acknowledged that "of course, once they're out of our control, there's only so much we can do." Asked to explain Goss's statement, an intelligence official said: "There are accountability procedures in place. For example, in some cases, the U.S. government is allowed access and can verify treatment of detainees." The official declined to elaborate.")

[93] 8 CFR 208.16(c), and 8 CFR 1208.18(c). In extradition, the Secretary of State has authority to surrender the person subject to conditions, and one may infer from this the authority to seek assurances, but there are no guidelines in the State Department's regulations for seeking and assessing the reliability of such assurances. See 22 CFR 95.3.

[94] See Second Periodic Report of the United States of America to the Committee Against Torture, May 6, 2005, para. 30. In cases that occurred prior to the transfer of immigration functions to the Department of Homeland Security pursuant to the Homeland Security Act of 2002 – including the case of Maher Arar – the Attorney General, in consultation with the Secretary of State, made this assessment.

[95] 8 CFR 208.18(c), 208.18(e), and 8 CFR 1208.18(c), 1208.18(e).

securing and evaluating assurances.[96] When detainees are released or transferred from Guantánamo Bay, the Department of Defense, in consultation with the State Department and other government agencies, assumes that responsibility.[97] In none of these processes does an individual subject to transfer have the ability to challenge the assurances.

It is striking that the executive branch and intelligence services have sole discretion for seeking, securing, and determining the reliability and sufficiency of diplomatic assurances in all instances. In addition, while it has been the traditional role of the courts to protect human rights, article 2242 of the FARRA of 1998 (and the implementing regulations where regulations exist) grant the courts only limited jurisdiction for securing the human right not to be sent to torture.[98]

The glaring deficiency in U.S. law and policy lies precisely in the absence of express provision for procedural guarantees for the person subject to transfer, and particularly the lack of opportunity to challenge the credibility or reliability of diplomatic assurances before an independent judicial body. Moreover, there are indications that assurances are used to circumvent the obligation rather than fulfill it. As an American official quoted in the media said: "They say they are not abusing [rendered prisoners], and that satisfied the legal requirement, but we all know they do."[99]

Additionally, there are powerful arguments against the use of diplomatic assurances, both as a legal matter and in practical terms.

A. Legal Insufficiency

The *nonrefoulement* obligation is absolute,[100] meaning that if a risk of torture exists then transfer is prohibited, and the prohibition continues as long as the risk exists. As the Council of Europe Commissioner for Human Rights Alvaro Gil-Robles stated:

---

[96] Mark Sherman, "Gonzales: U.S. Won't Send Detainees to Torturers; Attorney General Alberto Gonzales Said the United States does not Send Detainees to Nations Allowing Torture, but Once They are Transferred, Can't Ensure Good Treatment," *Miami Herald*, March 8, 2005, p. 7: "Gonzales said the State Department and the CIA obtain assurances that people will be humanely treated. In the case of countries with a history of abusing prisoners, the United States 'would, I would think in most cases, look for additional assurances that that conduct won't be repeated'." Ibid.

[97] See Sherif al-Mashad et al. v. George W. Bush et al., Civil Action No. 05-0270 (JR), Declaration of Mathew C. Waxman, Assistant Secretary of Defense for Detainee Affairs, page 3, [online] http://www.state.gov/documents/organization/45850.pdf (retrieved May 10, 2005). See also Ibid., Declaration of Pierre-Richard Prosper, Ambassador-at-Large for War Crimes Issues, pp.3-6.

[98] FARRA Section 2242(d) does not provide jurisdiction to any court to review any claim under the CAT or section 2242 itself, except as part of the review of a final order of removal in immigration cases. The section The section also states that no court shall have jurisdiction to review the implementing regulations, unless the regulations specifically provide for such jurisdiction, thereby leaving the administration full discretion to determine whether it has complied with its obligations under the CAT and the 1998 law.

[99] Priest, "CIA's Assurances...," *Washington Post*.

[100] See, for example, Report of the Special Rapporteur on Torture Theo van Boven to the General Assembly, A/59/324, September, 1, 2004, para. 14.

> "The weakness inherent in the practice of diplomatic assurances lies in the fact that where there is a need for such assurances, there is clearly an acknowledged risk of torture or ill-treatment."[101]

Diplomatic assurances are the linchpin in the U.S. policy of extralegal renditions and other transfers, since the assurances are the basis for the U.S. claim that the person is no longer at risk of torture. In the words of President Bush: "We operate within the law, and we send people to countries where they say they're not going to torture the people."[102] Attorney General Alberto Gonzales elaborated on this legal argument in written responses to questions from Senators during his confirmation process. He explained the Administration's argument that assurances convert an illegal transfer into a lawful one:

> In carrying out U.S. obligations under Article 3, as subject to the Senate understanding, it is permissible in appropriate circumstances to rely on assurances from a country that it will not engage in torture, and such assurances can provide a basis for concluding that a person is not likely to be tortured if returned to another country.[103]

However, diplomatic assurances are not legally binding. They have no legal effect and carry no accountability if breached. The person whom the assurances aim to protect has no recourse if the assurances are violated.

Moreover, in the case of assurances from countries where the practice of torture is common, assurances are not only insufficient, but inherently unreliable. Diplomatic assurances are based solely on trust that the receiving state will honor its word. Yet governments in states where torture is a serious human rights problem almost always deny their abusive practices. If a government routinely violates its binding legal obligation not to engage in torture, then there is little reason to believe it will respect an unenforceable promise not to engage in the very same conduct with respect to one isolated case.

According to article 3(2) of the CAT, sending governments must take into account the "existence of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights" in determining whether a person faces a risk of torture. In his September 2004 report to the United Nations General Assembly, Theo van Boven, the outgoing special rapporteur on torture, expressed concern that reliance on assurances is a "practice that is increasingly undermining the principle of *nonrefoulement*."[104] He questioned "whether the practice of

---

[101] Report by Mr. Alvaro Gil-Robles, Commissioner from Human Rights, on His Visit to Sweden, April 21-23, 2004. Council of Europe, CommDH(2004)13, July 8, 2004, p.9 para.19, [online] http://www.coe.int/T/E/Commissioner_H.R/Communication_Unit/Documents/pdf.CommDH(2004)13_E.pdf (retrieved May 10, 2005).

[102] Press Conference by the President, April 28, 2005 [online] http://www.whitehouse.gov/news/releases/2005/04/20050428-9.html (retrieved April 29, 2005).

[103] Responses of Alberto R. Gonzales, Nominee to be Attorney General of the United States, to Written Questions of Senator Richard J. Durbin, p.10, on file with Human Right Watch.

[104] Report of the Special Rapporteur on Torture Theo van Boven to the General Assembly, A/59/324, September, 1, 2004, para. 30.

resorting to assurances is not becoming a politically inspired substitute for the principle of *nonrefoulement*, which…is absolute and nonderogable."[105] In his conclusions, the Special Rapporteur stated that, as a baseline, in circumstances where a person would be returned to a place where torture is systematic, "the principle of *nonrefoulement* must be strictly observed and diplomatic assurances should not be resorted to."[106] He also noted that if a person is a member of a specific group that is routinely targeted and tortured, this factor must be taken into account with respect to the *nonrefoulement* obligation.[107]

Neither U.S. policy nor the immigration regulations requires the executive branch to reject as inherently unreliable assurances from governments in countries where torture is a common problem or where specific groups are routinely targeted for torture and ill-treatment and a person subject to return based on assurances is a member of such group. Under current U.S. law and policy, the government could render or remove a person at high risk of torture or ill-treatment based on the simplest and vaguest of guarantees.

Indeed, all of the texts of diplomatic assurances collected by Human Rights Watch reiterate the receiving country's existing treaty obligations as the basis for illustrating that they can be trusted not to torture a specific individual. Such promises from countries that already routinely flout and routinely deny violating these obligations are meaningless and cannot be relied upon in good faith.

Arar Case

Perhaps there is no better case to illustrate the fallacy of relying on diplomatic assurances to protect against torture than that of Maher Arar. Arar was transferred to the custody of Syria by the United States – by way of Jordan – despite Syria's well-documented record of torture and other ill-treatment. The United States had itself repeatedly condemned the government of Syria for its use of torture and other human rights violations. Arar states that he had repeatedly expressed his fear of torture in Syria to U.S. authorities while in U.S. immigration detention immediately prior to his removal to Syria.[108]

Notwithstanding the obvious risk of torture in his case, the Bush Administration transferred him to torture on the basis of assurances the CIA reportedly received from the Syrian government.[109] There can be no doubt that assurances from Syria are not trustworthy. The U.S. government's reliance on Syrian assurances against torture is at best wishful thinking, and at worst they provide a fig leaf to conceal U.S. complicity in Arar's detailed allegations of torture and ill-treatment at the hands of his Syrian jailers. U.S. officials themselves have not been able to explain the basis for trusting Syrian

---

[105] Ibid., para. 31.
[106] Ibid., para. 37. For more on this issue, see Human Rights Watch Reports, *Empty Promises: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture* (April 2004), pp. 8-10 [online] http://hrw.org/reports/2004/un0404/ (retrieved May 9, 2005).
[107] Ibid., para. 39.
[108] Maher Arar, "This is What They Did to Me," *Counterpunch*, November 6, 2003 [online] http://www.counterpunch.org/arar11062003.html (retrieved May 13, 2005).
[109] Dana Priest, "Man Was Deported after Syrian Assurances," *Washington Post*, November 20, 2003, p. A24.

assurances against torture. When asked by a Washington Post reporter why, given Syria's widely-known record of torture, they believed Syrian assurances to be credible, U.S. officials declined to comment.[110] Their response speaks volumes. It is simply implausible to assume that a government that routinely violates its binding legal obligation not to use torture would respect an unenforceable promise not to engage in the very same conduct.

B. Practical Inadequacy

Practical considerations also demonstrate the fallacy of reliance on diplomatic assurances, showing them to be an ineffective safeguard that does not mitigate and certainly does not neutralize the risk of torture. Neither the sending nor the receiving government has an incentive to engage in serious post-return monitoring, which risks uncovering evidence of violations of their legal obligations. Attempting to secure protection of a fundamental right via diplomatic channels has inherent limitations due to the very nature of diplomacy. Even if a sending government sought to engage in serious post-return monitoring, torture is difficult to detect because governments that use torture are adept at hiding it. Moreover, the fear of reprisal would inhibit the detainee from revealing the torture to any diplomat or other person who speaks to them in prison.

Attorney General Alberto R. Gonzales acknowledged that the U.S. government has only a limited capacity to enforce assurances once a person is transferred to the custody of another government. In an interview on March 7, 2005, the Attorney General said: "we can't fully control what that country might do. We obviously expect a country to whom we have rendered a detainee to comply with their representations to us. If you're asking me 'Does a country always comply?' I don't have an answer to that."[111] Similarly, CIA Director Porter J. Goss told Congress, in a hearing of the Senate Select Committee on Intelligence on February 16, 2005, that "of course, once they're out of our control, there's only so much we can do."[112]

Post-return monitoring, which some countries add to the assurances, does little to mitigate the risk of torture. Monitoring does not guarantee that torture will be detected, given the secret nature of torture. The perpetrators are generally expert at keeping such abuses from being noticed, and exposing torture is often made harder by intimidation of the victims and their fear of reprisals, should they complain. As an ineffective tool to detect torture, monitoring is not a deterrent against the practice of torture. Moreover, even if torture is identified through monitoring, the sending states run the unacceptable risk of being able to identify a breach only after torture or ill-treatment has already occurred.

The governments involved in negotiating the assurances have little or no incentive to monitor for and highlight a breach of the assurances. In some cases, sending

---

[110] Ibid.

[111] Mark Sherman, "Gonzales: U.S. won't send detainees to countries that torture, but can't ensure good treatment," *Associated Press Newswires*, March 7, 2005.

[112] See Priest, "CIA's Assurances...," *Washington Post*.

governments want the receiving state to use prohibited interrogation techniques against a person to extract information. In other cases, the sending state simply wants the receiving state to take responsibility for warehousing a suspect who is considered a national security threat in the sending state. Either way, a sending government that discovers a breach of the assurances would have to acknowledge a violation of its own *nonrefoulement* obligation. For its part, a receiving government that is engaging in torture obviously has little incentive to allow its human rights violations to be discovered through post-return monitoring.

Moreover, strict monitoring sends a message of mistrust to the receiving country. As the Egyptian ambassador to the United States, Nabil Fahmy, said "We wouldn't accept the premise that we would make a promise and violate it."[113] Since assurances are carried out through diplomatic channels, diplomats will very often privilege a good relationship between countries over other concerns, including the human right not to face torture. Inter-state dynamics at the diplomatic level are by their very nature delicate, and diplomats often invoke the need for "caution" and "discretion" in diplomatic representations and negotiations. As a result, serious human rights issues—even those involving the absolute prohibition against torture—are often subordinated to diplomatic concerns.

The former Swedish ambassador to Egypt, Sven Linder, waited five weeks before visiting two Egyptian nationals who were denied asylum in Sweden and were returned to Egypt based diplomatic assurances. The men allege that they were tortured during this five-week period following their transfer to Egypt and prior to the Swedish Ambassador's first visit. The Ambassador explained that visiting the men earlier would have sent a signal that the Egyptians are not trusted.[114] This illustrates that diplomacy is an inappropriate tool to ensure and enforce the absolute prohibition on torture.

There is also a profound lack of transparency in the process of seeking and securing assurances at a diplomatic level, often in the interest of preserving foreign relations, that puts the person subject to return at a serious disadvantage in terms of challenging the adequacy and reliability of the guarantees. For example, in an October 2001 statement, an Assistant U.S. Department of State legal adviser argued that seeking, securing, and monitoring diplomatic assurances in extradition cases must be done on a strictly confidential basis, with no public or judicial scrutiny, in order not to undermine foreign relations and to reach "acceptable accommodations" with the requesting state.[115] With respect to diplomatic assurances against torture, diplomacy alone provides no guarantee against maltreatment.

---

[113] Ibid.

[114] See Swedish TV 4 Kalla Fakta Program, May 17, 2004, English transcript [online] http://hrw.org/english/docs/2004/05/17/sweden8620.htm (retrieved May 10, 2005).

[115] Written Declaration of Samuel M. Witten, Assistant Legal Adviser for Law Enforcement and Intelligence in the Office of the Legal Adviser of the U.S. Department of State, *Cornejo-Barreto v. Seifert*, United States District Court for the Central District of California Southern Division, Case No. 01-cv-662-AHS, October 2001, paragraphs 11-13 [online] http://www.state.gov/documents/organization/16513.pdf (retrieved March 1, 2005).

The disincentives and practical difficulties of post-return monitoring demonstrate the flawed logic in U.S. rendition policy. In defending the transfer of terrorist suspects to countries that engage in torture, Defense Department General Counsel William Haynes stated that "We can assure you that the United States would take steps to investigate credible allegations of torture and take appropriate action if there were reason to believe that those assurances were not being honored."[116] This policy cannot withstand careful scrutiny. Haynes portrays a reactive process, asserting that the United States carries out renditions and then simply waits to hear if the person is being tortured, without explaining how the U.S. government would learn that promises from a government such as Syria or Egypt were not being honored.

Moreover, despite evidence of torture in several rendition cases, the Bush Administration has done little to investigate the violation of assurances. Only in the case of Maher Arar has the administration taken steps to look into a rendition case, and then only after Arar was released and returned home to Canada to recount his experiences in prison in Syria. This review, however, was initiated not by senior government officials in response to allegations of torture by Mr. Arar; rather, it was undertaken independently by the Inspector General of the Department of Homeland Security upon request by the ranking member of the Judiciary Committee of the U.S. House of Representatives.[117] There is no indication that the U.S. government took any action to investigate or stop the abuse while Mr. Arar was detained in Syria, or to follow up on his allegations of torture with the Syrian government after his release. Moreover, while the DHS Inspector General's review is welcome for its potential to add to what is known about Arar's case, it is limited to the conduct of U.S. immigration officials and their decision to remove Mr. Arar to Syria. Similarly, Abu Ali has alleged in court documents that he reported his torture at the hands of his Saudi jailers to FBI interrogators, but they did not respond to his allegations.[118] In short, there is no basis for believing that the stated commitment to investigate and take appropriate action if assurances were being violated is any more than empty rhetoric.

Pending U.S. Legislation on Renditions to Torture

In response to the growing phenomenon of rendering terrorist suspects to a risk of torture, members of the U.S. Congress have introduced legislation to put an end to the practice. Bills are currently pending in both the House of Representatives and the Senate that would fill the gaps in U.S. law and policy regarding the *nonrefoulement* obligation. In the House of Representatives, Representative Edward J. Markey introduced a bill entitled the "Torture Outsourcing Prevention Act" (hereinafter "Markey bill") in February,

---

[116] Letter from William J. Haynes II to Senator Patrick Leahy, June 25, 2003.
[117] Letter from Clark Kent Ervin, Inspector General, Department of Homeland Security, to Rep. John Conyers, Jr., U.S. House of Representatives, January 9, 2004, on file with Human Rights Watch.
[118] Markon, "Terror Suspect's Attorneys Link FBI...," *Washington Post*.

2005,[119] and in the Senate, Senator Patrick Leahy introduced the "Convention against Torture Implementation Act 2005" in March, 2005.[120]

The bills are very similar in substance and scope. Both reaffirm the requirement to conduct an individualized assessment of the risk of torture to persons facing transfer, but they add an additional layer of protection for transfers that occur outside of an extradition proceeding or immigration removal proceeding. The bills require the State Department to develop and maintain a list of countries where torture is practiced. Transfers to the countries on the list are categorically prohibited when they occur outside of a legal process in which the person can challenge their transfer based on a risk of torture. The Secretary of State can waive the prohibition by certifying that a country on the list has "ended" the acts of torture that were the basis for its inclusion on the list and that there was a verifiable mechanism in place to ensure that any person transferred to said country would not be tortured or ill-treated. It is important to note that the bills sanction the use of post-return monitoring only in countries where the State Department certifies that torture is no longer in use.

The most crucial element of the bills in putting a stop to current U.S. renditions is their language on diplomatic assurances. The bills state that diplomatic assurances provide an insufficient basis for determining that a person is not at risk of torture, thereby precluding their use to circumvent the *nonrefoulement* obligation.

Both bills are pending in Congress, as of May 16, 2005.

Conclusion – The Importance of a Full Accounting

We still do not know precisely what transpired in the rendition of Maher Arar to Syria. While Arar's own account provides important information, there is much that remains shrouded in secrecy regarding the conduct of the governments involved – not only the United States but also Canada, Jordan, and Syria. An official commission of inquiry such as this one is crucial to understanding what happened in this case and to preventing it from happening again. The roles of Canadian law enforcement and officials should be fully explored, with an eye toward understanding whether they played a role in facilitating Arar's transfer to Syria, whether the assurances received by the CIA from Syria influenced Canada's response to his impending removal to Syria, and what steps they did or did not take to try to prevent his transfer to Syria.

Similarly, the U.S. review by the DHS Inspector General can add important new facts to the body of information regarding the handling of Arar's case while he was in the United States. In particular, the DHS review has the potential to shed light on why Arar was removed to Syria and not Canada, and how and by whom that decision was made. The

---

[119] Torture Outsourcing Prevention Act (H.R. 952), 109th Congress, [online] http://www.theorator.com/bills109/hr952.html (retrieved April 6, 2005).

[120] Convention against Torture Implementation Act 2005 (S. 654), 109th Congress (2005) [online] http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=109_cong_bills&docid=f:s654is.txt.pdf (retrieved May 10, 2005).

review should clarify whether immigration officials complied with the applicable regulations in Arar's case, both with regard to the processing of his removal case and specifically with regard to the issue of transfer to risk of torture. Given the reports that the United States received assurances from Syria, it may be that the U.S. government followed the provision in the regulations that allows the receipt of assurances to end the inquiry into the CAT claim and to proceed with removal to the country in question.

The critical point, however, is not whether the United States actually followed the applicable regulations. Even if Arar was removed pursuant to legal immigration proceedings, the central question remains whether the regulations that govern those proceedings are adequate to ensure compliance with the CAT and to prevent transfers to torture or ill treatment via immigration proceedings. This is the ultimate test of any inquiry into the U.S. government's handling of the Arar case.

Human Rights Watch believes that the regulations are not sufficient to satisfy U.S. legal obligations under the CAT. While overall they reflect a positive effort to create procedures to implement Article 3 of the CAT, they contain a crucial structural flaw that undermines full protection against *refoulement*. The regulations should not allow diplomatic assurances to end review of a CAT claim and they should not permit assurances to be used to transfer a person to a risk of torture.

Recommendations to Ensure Compliance with the Prohibition on Transfers to Risk of Torture

To the Government of Canada:

- Take all possible steps to prevent transfer by the U.S. or any other government of a Canadian national or resident to a risk of torture or ill-treatment. Given the responsibility of all governments to do everything in their power to prevent acts of torture, Canada must ensure that it has policies in place that enable it: (1) to learn about possible renditions to risk of torture or ill-treatment involving Canadian citizens or residents; and (2) to take high-level action through diplomatic and legal channels to prevent such transfer.

- Ensure that procedures are in place for high-level governmental review and response whenever Canadian law enforcement, immigration, or security officials learn that a Canadian national or resident in U.S. custody has raised a CAT-related concern. Specifically, if such a person raises any concern of torture or ill-treatment if transferred to another country, or if Canadian officials realize there is a risk of torture or ill-treatment, or if the U.S. government is seeking assurances from another government, then the Canadian officials must seek high-level review of the case through a carefully delineated procedure that involves not only law enforcement, immigration, or security officials, but also those officials responsible for asylum and refugee matters and compliance with Canadian international legal obligations. Such a process could facilitate action to protect the rights of Canadians in U.S. custody.

- Ensure full compliance with the absolute prohibition on *refoulement* in its own treatment of persons in Canadian custody or facing deportation from Canada. Specifically, Canada should prohibit reliance upon diplomatic assurances as a basis to transfer *any* person, including non-citizen terrorist suspects, to other countries when the case involves a risk of torture or ill-treatment. Canada should also repeal Sections 76-87 of the Immigration and Refugee Protection Act, providing for the use of security certificates to detain and deport, based on secret evidence presented in *ex parte* hearings and without procedural guarantees, persons determined to be an imminent danger to Canada's security, including potentially effecting transfers to countries where a person would be at risk of torture or ill-treatment.

To the Government of the United States:

- End reliance on diplomatic assurances as a basis for concluding that a person can be transferred to another country without risk of torture or other ill-treatment.

- Revise DHS regulations implementing U.S. obligations under both the CAT and the 1998 U.S. law to ensure that the regulations do not permit the use of assurances in order to transfer a person to a country where he or she is at risk of torture or ill-treatment. Specifically, the U.S. government should repeal 8 C.F.R. §208.18(c), which provides for reliance upon assurances against torture to remove from U.S. territory persons raising claims under the CAT in immigration proceedings.

- Direct the Department of Defense and the Central Intelligence Agency to promulgate regulations to implement Article 3 of the CAT via public notice and comment procedures. Ensure that these regulations do not permit reliance on diplomatic assurances as a basis for ending an inquiry into a CAT claim or concluding that an individual may be transferred to a place where he or she is at risk of torture or ill-treatment.

- Enact S. 654 (Leahy bill) and H.R. 952 (Markey bill), currently pending in the U.S. Senate and House of Representatives respectively, as a means toward ending rendition to risk of torture and ensuring all relevant agencies of the U.S. government promulgate regulations that comply fully with U.S. legal obligations.

To both governments:

- Support a comprehensive international investigation of the handling of Maher Arar's case by all four governments involved in this case – the United States, Canada, Syria, and Jordan. Such investigation should be done under the auspices of an appropriate international body, such as the Office of the High Commissioner for Human Rights.

- Cooperate fully and transparently in their own and in each other's inquiries into the Arar matter. In particular, the U.S. government should reverse its decision not to cooperate with the Canadian Commission of Inquiry in the Arar matter. Because officials from both governments interacted regarding this case, including sharing information, the Canadian Commission will not be able to construct a complete picture of the consequences of actions taken by Canadian officials without cooperation from the United States.

- Comply fully with their respective reporting requirements before the U.N. Committee Against Torture, the Human Rights Committee, and other relevant international and regional monitoring bodies. Include in these reports detailed information about all cases in which requests for diplomatic assurances against the risk of torture or ill-treatment have been sought or obtained with respect to a person subject to transfer to another country.

- Acknowledge that the *nonrefoulement* obligation includes a prohibition on transfers both to risk of torture and to risk of cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment.

RAPPORT DE HUMAN RIGHTS WATCH PRÉSENTÉ À LA COMMISSION D'ENQUÊTE CANADIENNE SUR LES ACTIONS DES RESPONSABLES CANADIENS RELATIVEMENT À MAHER ARAR

**RAPPORT PRÉSENTÉ PAR WENDY PATTEN
DIRECTRICE DES INTERVENTIONS
POUR LES ÉTATS-UNIS***

17 mai 2005

Introduction

La pratique consistant à transférer des terroristes présumés dans des pays qui commettent régulièrement des actes de torture et infligent couramment d'autres mauvais traitements préoccupe de plus en plus la communauté internationale. Un certain nombre de gouvernements, notamment en Europe, au Moyen-Orient et en Amérique du Nord, ont transféré ou tenté de transférer des terroristes présumés dans des lieux où ils risquent d'être torturés ou maltraités. Aux États-Unis, les médias ont beaucoup parlé de ces transferts au cours des derniers mois, jetant ainsi un regard neuf sur une politique qui demeure secrète[1].

On a demandé avec insistance aux représentants américains de commenter la pratique secrète désormais désignée aux États-Unis par l'expression « renvoi extraordinaire ». Lors d'une conférence de presse tenue le 16 mars 2005, le Président George W. Bush a déclaré qu'une façon de protéger le peuple américain et ses amis contre de futures attaques consistait [TRADUCTION] « à arrêter des gens et les renvoyer dans leur pays d'origine sur promesse qu'ils ne seront pas torturés »[2]. Lorsqu'un journaliste lui a demandé : [TRADUCTION] « Qu'est-ce que l'Ouzbékistan peut faire au moment d'interroger une personne que les États-Unis ne peuvent pas faire? », le Président n'a pas voulu répondre à la question, se contentant de dire que [TRADUCTION] « [n]ous demandons des assurances selon lesquelles personne ne sera torturé lorsque nous renvoyons une personne dans son pays d'origine »[3].

---

* Les auteures du présent rapport sont Wendy Patten, directrice des interventions pour les États-Unis, et Noya Shamir, consultante auprès de Human Rights Watch. Les auteures aimeraient remercier Julia Hall et Dinah PoKempner de Human Rights Watch pour leur apport précieux au présent rapport.

[1] Pour un reportage complet, voir Jane Mayer, « Outsourcing Torture: The secret history of America's 'extraordinary rendition' program », *The New Yorker*, 14 février 2005. Parmi d'autres exemples, citons les histoires concernant le prétendu « avion de torture », un avion à réaction Gulfstream, qui a été aperçu dans plusieurs pays d'Europe, du Moyen-Orient et d'Asie. Selon les reportages et les carnets de vol, lesquels ont été obtenus par des journalistes, l'avion a aussi atterri dans la baie de Guantánamo. Voir, p. ex., Dana Priest, « Jet is an Open Secret in Terror War », *Washington Post*, 27 décembre 2004, p. A1; John Crewdson, « Mysterious Jet Tied to Torture Flights: Is Shadowy Firm Front for CIA? », *Chicago Tribune*, 8 janvier 2005.

[2] Conférence de presse du Président, 16 mars 2005 [en ligne], http://www.whitehouse.gov/news/releases/2005/03/20050316-2.html (consulté le 2 mai 2005).

[3] *Ibid.*

Les expressions « renvoi » et « renvoi extraordinaire » ont été utilisées pour décrire diverses formes de transfert de personnes à la garde de gouvernements tiers. Il importe de préciser tant la terminologie utilisée dans le présent rapport que les types d'activités visés. Certains transferts de personnes soupçonnées d'activités terroristes ont lieu dans un cadre juridique particulier, tel qu'un processus d'expulsion par les autorités d'immigration ou une instance d'extradition. D'autres transferts n'ont pas lieu par voie judiciaire. De plusieurs manières, les renvois extrajudiciaires soulèvent des préoccupations encore plus graves, en grande partie parce qu'ils ont lieu en secret et sans aucune garantie de procédure, telle que la possibilité de contester le transfert devant les tribunaux judiciaires[4].

Bien que le terme « renvoi » ait parfois été employé de manière à s'appliquer à tout transfert menant à la torture, il est le plus souvent utilisé pour désigner tout simplement le transfert ou l'envoi d'une personne dans un autre pays. L'expression « renvoi extraordinaire » désigne habituellement la forme extrajudiciaire de la pratique, en vertu de laquelle une personne est appréhendée dans un pays donné et remise à un autre pays sans procédure judiciaire formelle. Selon certains, la distinction entre les renvois extraordinaires et les renvois n'est pas fondée sur le processus ayant servi à effectuer le transfert, mais sur la question de savoir si le résultat obtenu comprend un risque de torture. L'expression « renvoi extraordinaire » désigne alors le transfert de terroristes présumés dans des pays où ils risquent d'être torturés[5].

Puisque les termes précités ne possèdent pas de définition juridique précise, ils seront employés comme suit dans le présent rapport : le terme « renvoi » désignera, d'une façon générale, tout transfert d'une personne de la garde d'un gouvernement à celle d'un autre. L'expression « renvoi extraordinaire » servira à désigner les transferts qui ont lieu en dehors d'un cadre juridique. Dans le rapport, l'expression « renvoi comportant un risque de torture » désignera tout transfert d'une personne dans un pays où elle risque d'être torturée, que le transfert soit ou non effectué dans le cadre d'une procédure judiciaire.

---

[4] Voir, p. ex., Counterterrorism Policy: Hearing Before the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States (24 mars 2004) (déclaration de Christopher Kojm, directeur exécutif adjoint, National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, et ancien sous-secrétaire d'État adjoint), disponible à http://www.9-11commission.gov/archive/hearing8/9-11Commission_Hearing_2004-03-24.pdf (consulté le 29 avril 2005) (déclaration de M. Kojm). M. Kojm a expliqué les renvois comme suit : [TRADUCTION] « si un terroriste présumé se trouve à l'extérieur des États-Unis, la CIA aide à le capturer et à l'envoyer aux États-Unis ou dans un pays tiers ». *Ibid.*

[5] Voir Michael John Garcia, « The U.N. Convention Against Torture: Overview of U.S. Implementation Policy Concerning the Removal of Aliens », *Congressional Research Service*, 11 mars 2004, dans le résumé : [TRADUCTION] « Les obligations prévues par la CCT ont également des conséquences pour toute politique américaine existante sur les « renvois extraordinaires » en vertu de laquelle certains étrangers soupçonnés d'activités terroristes sont renvoyés dans des pays qui emploient peut-être la torture comme moyen d'interrogatoire » [en ligne], http://www.law.duke.edu/curriculum/coursehomepages/Fall2004/351_01/readings/crs.pdf#search='crs%20convention%20torture%20removal (consulté le 5 mai 2005). Voir aussi Association of the Bar of the City of New York and Center for Human Rights and Global Justice at NYU School of Law, « Torture by Proxy: International and Domestic Law Applicable to 'Extraordinary Renditions' », octobre 2004, p. 13 [en ligne], http://www.abcny.org/pdf/report/Torture%20by%20Proxy%20-%20Final%20(PDF).pdf (consulté le 5 mai 2005).

Cette structure demeure clairement axée sur la question de droits de la personne très importante qui se rapporte à de telles pratiques : l'interdiction absolue du transfert de personnes comportant un risque de torture ou de mauvais traitements. Les gouvernements ne pouvant pas pratiquer la torture directement, ils ne peuvent envoyer ni transférer des personnes dans d'autres pays où elles risquent d'être torturées.

Il se peut que Maher Arar ait été renvoyé dans le cadre d'une procédure légitime, étant donné qu'il semble avoir été renvoyé des États-Unis après avoir fait l'objet de procédures d'immigration accélérées. Il est peu probable que les représentants américains estiment que son renvoi fait partie des « renvois extraordinaires », lesquels ne visent probablement que les cas comportant l'appréhension et le transfert de personnes à l'extérieur des États-Unis et en dehors de tout cadre juridique. Malgré le fait que le renvoi de M. Arar a censément eu lieu par voie judiciaire, on ne sait pas avec certitude si les représentants américains ont, dans son cas, respecté les procédures prévues par la loi. À supposer que les règles aient été respectées, notamment en ce qui concerne les assurances diplomatiques du gouvernement destinataire (en l'occurrence, la Syrie), le fait qu'un renvoi a lieu dans le cadre d'une procédure prévue par la loi n'exonère pas le gouvernement d'envoi de son obligation de ne pas transférer une personne dans un autre pays si elle risque d'y être torturée ou d'y subir de mauvais traitements. Human Rights Watch est d'avis que les procédures américaines régissant les questions d'immigration, notamment l'utilisation d'assurances diplomatiques, ne satisfont pas aux obligations incombant aux États-Unis aux termes de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et de la loi américaine de mise en œuvre.

Tel qu'il sera démontré ci-après, l'envoi d'une personne dans un pays où elle risque d'être soumise à la torture est contraire aux obligations des États-Unis que prévoient tant le droit international que le droit interne. Pour se soustraire à ces obligations juridiques, l'administration Bush obtient, auprès des pays destinataires, des assurances diplomatiques selon lesquelles ces derniers n'auront pas recours à la torture contre la personne qui fait l'objet du transfert. Cependant, comme on le verra en détail ci-dessous, les assurances diplomatiques ne satisfont pas aux obligations juridiques des États-Unis parce qu'elles n'offrent aucune protection efficace contre la torture ou d'autres mauvais traitements.

Renvois avant le 11 septembre 2001

La pratique des renvois extraordinaires n'est pas un phénomène nouveau. Aux États-Unis, elle remonte au moins au début des années 1990, lorsque des politiques ont été formulées relativement à l'appréhension et au transfert de terroristes présumés et d'autres suspects sans procédure judiciaire formelle. En juin 1995, le Président Clinton a délivré la directive présidentielle 39, qui comporte le libellé suivant :

> [TRADUCTION]
> Lorsque des terroristes recherchés pour avoir violé des lois américaines sont en liberté à l'étranger, leur renvoi en vue d'une poursuite est une question de la plus haute priorité [...] Si nous n'obtenons pas une collaboration adéquate d'un État

> qui héberge un terroriste dont nous demandons l'extradition, nous prendrons les mesures appropriées pour inciter à la collaboration. Le renvoi de suspects par la force peut avoir lieu sans la collaboration du gouvernement hôte, conformément aux procédures énoncées dans la directive NSD-77, laquelle demeure en vigueur[6].

Cette politique a été réaffirmée en mai 1998 au moyen d'une nouvelle directive, PDD-62, qui décrivait brièvement dix programmes stratégiques, dont le premier était [TRADUCTION] « l'appréhension, l'extradition, le renvoi et la poursuite »[7].

Les renseignements disponibles concernant les renvois extraordinaires avant septembre 2001 donnent fortement à penser que la politique était axée sur la remise des criminels présumés afin qu'ils soient poursuivis, surtout aux États-Unis. Au cours de la décennie avant 1998, le gouvernement américain s'est servi du renvoi extraordinaire pour faire venir 13 terroristes présumés aux États-Unis afin qu'ils subissent leur procès relativement à des accusations criminelles[8]. Louis Freeh, le directeur du FBI à l'époque, a déclaré au comité judiciaire du Sénat que, dans la majorité des renvois de terroristes, les États-Unis avaient reçu la collaboration du gouvernement du territoire où se trouvait le suspect. M. Freeh a décrit la structure d'un outil dans l'arsenal du FBI qui, selon lui, était utile pour traduire les terroristes et criminels présumés en justice aux États-Unis :

> [TRADUCTION]
> Le processus de renvoi est régi par la directive présidentielle 77, qui établit des exigences explicites relatives à cette méthode visant à assurer le renvoi de terroristes afin qu'ils subissent leur procès aux États-Unis. Malgré ces exigences rigoureuses, le FBI s'est servi des renvois avec succès au cours des dernières années pour traduire des terroristes et des criminels internationaux en justice aux États-Unis[9].

En raison du caractère secret des renvois extraordinaires, on en sait très peu au sujet des affaires antérieures au 11 septembre 2001. Il est difficile de savoir combien d'autres personnes ont été renvoyées aux États-Unis afin d'être poursuivies après 1998, ou combien de suspects ont été livrés à d'autres gouvernements par le gouvernement des États-Unis ou avec l'aide de celui-ci au cours de la décennie avant le 11 septembre 2001. Selon l'enquête conjointe de la Chambre et du Sénat sur les événements du

---

[6] Presidential Decision Directive 39, 21 juin 1995, disponible à http://www.fas.org/irp/offdocs/pdd39.htm. Il faut souligner que la directive PDD-39 est toujours grandement modifiée, même si elle a été rayée de la liste des documents classifiés en 1997. La directive NSD-77 (National Security Directive 77) a été délivrée par le Président George H. W. Bush en janvier 1992. Elle demeure classifiée.

[7] 9/11 Commission, Staff Statement no. 5, enquête sur le 11 septembre 2001, p. 7 [en ligne], http://www.9-11commission.gov/staff_statements/staff_statement_5.pdf (consulté le 3 mai 2005). La liste des dix programmes stratégiques se trouve dans « U.S. Counter-Terrorism Policy and Organization », Roger Cressey, directeur, Transnational Threats, National Security Council, 27 septembre 2000. La directive PDD-62 est encore classifiée; une fiche de renseignements est disponible en ligne, à http://www.fas.org/irp/offdocs/pdd-62.htm (consulté le 4 mai 2005).

[8] U.S. Counterterrorism Policy: Hearing Before the Senate Judiciary Committee, 106th Cong. (sept. 1998) (déclaration de Louis J. Freeh, directeur du Federal Bureau of Investigation), disponible à http://www.fas.org/irp/congress/1998_hr/98090302_npo.html (consulté le 29 avril 2005).

[9] *Ibid*

11 septembre 2001, des [TRADUCTION] « douzaines » de renvois ont eu lieu avant le 11 septembre 2001. Toutefois, l'enquête n'a pas révélé combien de ces renvois comportaient le transfert d'une personne dans un pays autre que les États-Unis :

> [TRADUCTION]
> En collaborant avec une multitude de gouvernements étrangers, la CIA et le FBI ont contribué à traduire en justice des douzaines de terroristes présumés. Les agents du CTC [Counterterrorist Center] chargés du programme de renvois ont déclaré à l'enquête conjointe que, de 1987 au 11 septembre 2001, le CTC avait participé au renvoi de plusieurs douzaines de terroristes[10].

D'après le témoignage présenté à la Commission du 11 septembre par George J. Tenet, l'ancien directeur de la CIA, il y a eu plus de 80 renvois extraordinaires avant le 11 septembre 2001[11]. Bien que la CIA ait joué le rôle principal dans l'exécution des renvois, il se peut que d'autres organismes tels que le FBI y aient participé[12]. Avant le 11 septembre 2001, les renvois extraordinaires étaient, semble-t-il, assujettis à l'examen et à l'approbation de groupes interorganisationnels dirigés par la Maison-Blanche[13].

On a découvert de plusieurs renvois extraordinaires dans des pays tiers, antérieurs au 11 septembre 2001. L'un de ces renvois mettait en cause Tal'at Fu'ad Qassim, un ressortissant égyptien, aussi appelé Abu Talal al-Qasimi. M. Qassim, qui vivait en exil au Danemark où il avait obtenu l'asile politique, a été appréhendé en Croatie en 1995. Avant son transfert forcé en Égypte, M. Qassim aurait été interrogé à bord d'un navire de la marine américaine et livré aux autorités égyptiennes au milieu de la mer Adriatique[14]. Comme M. Qassim avait déjà subi son procès et été condamné par contumace par un tribunal militaire en 1992, il n'a pas subi un nouveau procès après son retour en Égypte. Selon les apparences, la peine de mort qui avait été prononcée à son égard après son procès a été appliquée. Il aurait été exécuté par le gouvernement égyptien[15].

---

[10] Steven Strasser (sous la direction de), *The 9/11 Investigations*, Public Affairs Reports, 2004, p. 463.

[11] Counterterrorism Policy: Hearing Before the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States (24 mars 2004) (déclaration de George Tenet, ancien directeur de la Central Intelligence Agency) [en ligne], http://www.9-11commission.gov/archive/hearing8/9-11Commission_Hearing_2004-03-24.pdf (consulté le 3 mai 2005).

[12] Voir Counterterrorism Policy: Hearing Before the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, déclaration de M. Kojm : [TRADUCTION] « Bien que le FBI participe souvent au processus, la CIA est habituellement l'acteur principal. »

[13] Voir Douglas Jehl et David Johnson, « Rule Change Lets C.I.A. Freely Send Suspects Abroad to Jails », *New York Times*, 6 mars 2005 [en ligne], http://www.nytimes.com/2005/03/06/politics/06intel.html (consulté le 5 mai 2005).

[14] Voir Mayer, « Outsourcing Torture », *The New Yorker*; Anthony Shadid, « America Prepares the War on Terror; U.S., Egypt Raids Caught Militants », *Boston Globe*, 7 octobre 2001.

[15] Muntassir al-Zayyat, l'avocat de M. Qasim, a déclaré à Human Rights Watch qu'une source au sein du bureau du procureur militaire avait confirmé son exécution, mais qu'aucun représentant du gouvernement ne l'avait confirmée publiquement. Entrevue de Human Rights Watch, Le Caire, Égypte, novembre 2004. Le cas de la cellule de Tirana est un autre exemple de renvois en Égypte avant le 11 septembre 2001. Voir le rapport de Human Rights Watch intitulé « Black Hole: The Fate of Islamists Rendered to Egypt », mai 2005, p. 21-24 [en ligne], http://hrw.org/reports/2005/egypt0505/ (consulté le 13 mai 2005); Anthony Shadid, « Syria is Said to Hand Egypt Suspect Tied to Bin Laden », *Boston Globe*, 20 novembre 2001;

Pratique américaine des renvois depuis le 11 septembre 2001

I. Changements en matière de politique

Malgré les renseignements limités sur les renvois antérieurs au 11 septembre 2001, il est manifeste que la pratique américaine en matière de renvoi est nettement à la hausse depuis cette date[16]. Alors qu'il y a eu plus de 80 transferts du genre avant le 11 septembre 2001, des anciens représentants du gouvernement estiment que de 100 à 150 personnes soupçonnées d'activités terroristes ont été renvoyées au cours des trois années qui se sont écoulées depuis cette date[17]. D'après les reportages des médias, quelques jours après les événements du 11 septembre 2001, la Maison-Blanche a émis une nouvelle directive accordant à la CIA de nouveaux pouvoirs étendus lui permettant de procéder à des renvois sans obtenir à chaque fois l'approbation de la Maison-Blanche. La directive est encore classifiée[18].

Des renvois ont eu lieu tant à partir des États-Unis qu'à partir d'autres pays, soit par la saisie directe de ressortissants étrangers en territoire étranger par des agents américains, soit par le transfert de ressortissants étrangers dans des pays tiers par les autorités du pays hôte, avec l'aide d'un personnel ou d'aéronefs américains[19]. Bien que la liste complète des pays destinataires soit inconnue, les cas qui sont apparus révèlent une tendance inquiétante vers le renvoi de personnes dans des pays bien connus pour leurs violations des droits de la personne, tels que l'Égypte, la Syrie, le Maroc, l'Arabie saoudite, la Jordanie, le Pakistan et l'Ouzbékistan[20]. Étant donné que les gouvernements de ces pays

---

Andrew Higgins et Christopher Cooper, « Cloak and Dagger: A CIA-Backed Team Used Brutal Means to Crack Terror Cell », *Wall Street Journal*, 20 novembre 2001.

[16] Voir Strasser (sous la direction de), *The 9/11 Investigations*, p. 463.

[17] Voir Jehl et Johnson, « Rule Change… », *New York Times*. À titre de comparaison, voir Dana Priest, « CIA's Assurances on Transferred Suspects Doubted; Prisoners Say Countries Break No-Torture Pledges », *Washington Post*, 17 mars 2005, p. A1, où il est indiqué que la CIA a renvoyé plus de 100 personnes depuis le 11 septembre 2001.

[18] Jehl et Johnson, « Rule Change… », *New York Times*.

[19] Voir CBS 60 Minutes, « CIA Flying Suspects to Torture? », 6 mars 2005 [en ligne], http://www.cbsnews.com/stories/2005/03/04/60minutes/main678155.shtml (consulté le 7 mars 2005); Jehl et Johnson, « Rule Change… », *New York Times*; Channel 4 TV (R.-U.), « Torture: The Dirty Business » (partie 3 de la série sur la lutte contre le terrorisme du gouvernement américain et les conséquences pour l'interdiction globale de la torture), 1er mars 2005, transcription de la postproduction dans les dossiers de Human Rights Watch [en ligne], http://www.channel4.com/news/microsites/T/torture/cases.html (consulté le 8 mars 2005); Mayer, « Outsourcing Torture », *The New Yorker*; Stephen Grey, « CIA Prisoners 'Tortured' in Arab Jails », File on 4, BBC Radio, 8 février 2005 [en ligne], http://news.bbc.co.uk/1/hi/programmes/file_on_4/4246089.stm (consulté le 15 février 2005); Seymour Hersh, *Chain of Command. The Road from 9/11 to Abu Ghraib*, New York, Harper-Collins, septembre 2004.

[20] Voir, p. ex., Don van Natta, Jr., « U.S. Recruits A Rough Ally To Be a Jailer », *New York Times*, 1er mai 2005; rapport de Human Rights Watch, *Toujours en danger : les assurances diplomatiques ne protègent pas de la torture* (avril 2005) [en ligne], http://hrw.org/reports/2005/eca0405 (consulté le 5 mai 2005); Mayer, « Outsourcing Torture », *The New Yorker*. Ahmed Nazif, le premier ministre d'Égypte, a confirmé que les États-Unis ont transféré des terroristes présumés vers l'Égypte. Voir David Morgan, « U.S. has sent 60-70 terror suspects to Egypt – PM », *Reuters*, 15 mai 2005. M. Nazif a

sont bien connus pour leur recours à la torture, il est à peu près certain que des suspects sont envoyés dans des lieux où ils risquent d'être soumis à la torture et à d'autres mauvais traitements.

Le gouvernement américain est bien au courant du piètre bilan en matière de droits de la personne des États dans lesquels il renvoie des suspects. Dans ses rapports annuels sur les pratiques en matière de droits de la personne de différents pays (Country Reports on Human Rights Practices), le Département d'État américain a indiqué que, dans les pays précités, la torture est couramment pratiquée ou vise des groupes particuliers[21]. En Syrie, le pays dans lequel Maher Arar a été transféré, le rapport de 2005 du Département d'État précise qu'[TRADUCTION] « il existait une preuve crédible selon laquelle les forces de sécurité continuaient à recourir fréquemment à la torture ». Toujours selon le rapport, en Égypte, [TRADUCTION] « la torture et les mauvais traitements infligés aux détenus par la police, le personnel de sécurité et les gardiens de prison sont demeurés courants et persistants. D'après le Comité des Nations Unies contre la torture, il existe une pratique généralisée de torture par les forces de sécurité et la torture par la police a entraîné des décès au cours de l'année[22]. »

Il n'y a pas que l'envergure de la pratique des renvois qui se soit accrue depuis septembre 2001. Depuis le 11 septembre 2001, le but convenu des renvois extraordinaires est passé de la remise de criminels présumés en vue d'une poursuite au transfert de suspects et de détenus dans d'autres pays uniquement à des fins de détention ou d'interrogatoire[23]. De hauts représentants américains ont reconnu publiquement que le gouvernement américain transfère des personnes à la garde d'autres gouvernements afin qu'elles soient détenues au nom des États-Unis. Dans une lettre adressée au sénateur

---

ajouté qu'il ne connaissait pas le nombre exact : [TRADUCTION] « [l]es chiffres varient. J'ai entendu dire qu'il y en a 60 ou 70 ». *Ibid.*

[21] Voir United States Department of State Country Reports on Human Rights Practices for 2004, publié le 28 février 2005 [en ligne], http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2004/index.htm (consulté le 3 mai 2005).

[22] State Department Reports on Human Rights Practices for 2004, *ibid.* Le rapport comprenait les renseignements suivants sur d'autres pays destinataires dans les cas de renvoi :
Maroc : [TRADUCTION] « Certains membres des forces de sécurité ont torturé et maltraité des détenus. »
Arabie saoudite : [TRADUCTION] « Les autorités auraient parfois maltraité des détenus, tant saoudiens qu'étrangers. Des représentants du ministère de l'Intérieur étaient responsables de la plupart des mauvais traitements infligés aux prisonniers. »
Jordanie : [TRADUCTION] « La police et les forces de sécurité ont parfois maltraité des détenus pendant la détention et l'interrogatoire et auraient aussi eu recours à la torture. Les allégations de torture étaient difficiles à vérifier parce que la police et les responsables de la sécurité refusaient fréquemment aux détenus l'accès à des avocats au moment opportun. »
Pakistan : [TRADUCTION] « Le personnel des forces de sécurité a continué à torturer des personnes sous garde partout au pays. »
Ouzbékistan : [TRADUCTION] « La police et le NSS ont régulièrement torturé, battu et maltraité des détenus pour obtenir des aveux ou des renseignements incriminants [...] La torture était couramment pratiquée dans les prisons, les établissements de détention avant le procès et les postes de police locaux et des services de sécurité. Lors des procès, les défendeurs prétendaient souvent que leurs aveux, sur lesquels se fondait la poursuite, avaient été obtenus par la torture (voir la section 1.e.). En février 2003, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture a publié un rapport concluant que la torture ou des mauvais traitements similaires étaient systématiques. »

[23] Jehl et Johnson, « Rule Change... », *New York Times*.

américain Patrick Leahy en juin 2003, William Haynes, l'avocat général du département de la Défense, a décrit la politique américaine comme suit :

> [TRADUCTION]
> Si une personne est transférée dans un pays tiers pour y être détenue au nom des États-Unis, ou si nous l'estimons utile, la politique des États-Unis consiste à obtenir de ce pays des assurances précises selon lesquelles il n'aura pas recours à la torture contre la personne qui est transférée dans ce pays[24].

Le cas de M. Arar semble suivre la nouvelle tendance. Il n'a jamais été accusé d'une infraction criminelle par le gouvernement syrien, lequel a déclaré que M. Arar ne l'intéressait pas et qu'il n'avait pas demandé que celui-ci lui soit remis en vue d'une poursuite. Au contraire, de hauts représentants syriens ont indiqué que le gouvernement américain avait demandé à la Syrie de détenir M. Arar en son nom[25].

Pour la plupart, les représentants américains semblent avoir confié à leurs homologues la tâche de mener les interrogatoires et de leur faire parvenir tous les nouveaux renseignements. Un ancien représentant du gouvernement américain a déclaré ce qui suit à Human Rights Watch : [TRADUCTION] « Si nous obtenons tout ce dont nous avons besoin de la part du gouvernement hôte, il est inutile que nous [menions les interrogatoires] ». Il a ajouté : [TRADUCTION] « Dans certaines situations, le gouvernement hôte peut obtenir des renseignements plus efficacement[26]. »

II. Cas

En raison du caractère secret des renvois, on en sait très peu au sujet des personnes qui ont été assujetties à de tels transferts et les détails des renvois ne sont pas clairs. Toutefois, un petit nombre de cas ont été révélés, dont celui de Maher Arar. Alors que les organisations des droits de la personne, les médias, les organismes internationaux et certains parlementaires et autres représentants ont attiré l'attention sur le problème des renvois, de plus amples renseignements sur des cas particuliers sont apparus au cours de la dernière année. Par conséquent, il est de plus en plus évident que des personnes ayant été transférées dans des pays tels que la Syrie, l'Égypte et l'Ouzbékistan y ont été torturées.

---

[24] Lettre de William J. Haynes II adressée au sénateur Patrick Leahy, 25 juin 2003 [en ligne], http://hrw.org/press/2003/06/letter-to-leahy.pdf (consulté le 5 mai 2005). Voir aussi la lettre de William J. Haynes II adressée à Kenneth Roth, directeur exécutif de Human Rights Watch, 2 avril 2003 [en ligne], http://www.hrw.org/press/2003/04/dodltr040203.pdf (consulté le 5 mai 2005).

[25] Selon des reportages parus dans la presse, Imad Moustafa, le chargé d'affaires à l'ambassade de Syrie à Washington, a nié que M. Arar avait été torturé. Dana Priest, « Top Justice Aid Approved Sending Suspect to Syria », *Washington Post*, 19 novembre 2003, p. A28. Priest cite M. Moustafa : [TRADUCTION] « [...] la Syrie n'avait aucune raison d'emprisonner M. Arar. Selon lui, les agents du renseignement américains ont dit à leurs homologues syriens que M. Arar était membre d'al-Qaida. La Syrie a accepté de le prendre à titre gracieux et pour gagner l'estime des États-Unis, a-t-il dit. » *Ibid.*

[26] Human Rights Watch, *Black Hole*, p. 17 (entrevue téléphonique de Human Rights Watch, anonymat demandé, janvier 2005).

L'un des cas mis en lumière est celui de Mamdouh Habib, un citoyen australien d'origine égyptienne. Comme l'ont révélé les documents déposés en cour fédérale aux États-Unis, M. Habib a été détenu au Pakistan en octobre 2001 et y a été interrogé par des agents américains. Il a ensuite été envoyé en Égypte, où il a été torturé en prison pendant six mois. Par la suite, il a été transféré à la base navale américaine à Guantánamo [27].
M. Habib a passé plus de deux ans et demi à Guantánamo avant d'être mis en liberté sans avoir fait l'objet d'accusations en janvier de cette année[28]. Ses allégations de torture en Égypte sont soutenues par Rhuhel Ahmed, Asif Iqbal et Shafiq Rasul, des ressortissants britanniques qui étaient détenus à Guantánamo lorsque M. Habib y a été transféré. Selon les trois anciens détenus britanniques, M. Habib se trouvait dans un [TRADUCTION] « état lamentable » lorsqu'il est arrivé à Guantánamo : la plupart de ses ongles étaient manquants et il saignait régulièrement du nez, de la bouche et des oreilles pendant son sommeil[29].

Un autre renvoi présente une situation similaire. Dans les mois qui ont suivi les attentats du 11 septembre 2001, le Pakistan a appréhendé Ibn al-Shaikh al-Libi, un ressortissant libyen et l'un des chefs d'al-Qaida, et l'a livré aux États-Unis. Après une période au cours de laquelle des représentants de la CIA et du FBI l'ont interrogé, la CIA l'a remis aux autorités égyptiennes et le FBI l'a [TRADUCTION] « perdu de vue ». Après des mois passés en détention en Égypte, M. al-Libi a été livré de nouveau aux États-Unis. Il est actuellement détenu à Guantánamo[30].

En décembre 2001, la Suède a expulsé vers l'Égypte Ahmed Agiza et Muhammad al-Zari, des demandeurs d'asile égyptiens. Ils y ont été détenus sans contact avec l'extérieur pendant cinq semaines après leur retour[31]. Les États-Unis ont joué un rôle clé dans cette expulsion, notamment en transportant les hommes de la Suède vers l'Égypte dans un avion à réaction privé, un Gulfstream loué à la CIA[32]. Dans un rapport de mars 2005, Mats Melin, l'ombudsman en chef du parlement suédois, a déclaré que [TRADUCTION] « le personnel de sécurité américain s'est chargé » de l'opération et a critiqué la police de sûreté suédoise pour [TRADUCTION] « avoir perdu le contrôle de la

---

[27] Mamdouh Habib et al. v. George W. Bush et al., Petitioner's Memorandum of Points and Authorities in Support of His Application for Injunctive Relief (2004).
[28] Voir, par ex., Raymond Bonner, « Australian's Long Path in the U.S. Antiterrorism Maze », *New York Times*, 29 janvier 2005, p. A4; Dana Priest, « Detainee Sent Home to Australia », *Washington Post*, 29 janvier 2005, p. A21.
[29] Priest, « Detainee Sent Home to Australia », *Washington Post*.
[30] Voir Mayer, « Outsourcing Torture », *The New Yorker*; Human Rights Watch, « The United States' 'Disappeared': The CIA's Long-Term 'Ghost Detainees' » [document préparatoire], octobre 2004, annexe 1 [en ligne], http://www.hrw.org/backgrounder/usa/us1004/7.htm#_Toc84652978 (consulté le 6 mai 2005).
[31] Voir Tim Reid, « Flight to torture: where abuse is contracted out », *The Times*, 26 mars 2005, p. 43; Mattias Karen, « Report: Security police broke law allowing Americans handle extradition of Egyptians », *Associated Press*, 22 mars 2005 (consulté le 22 mars 2005).
[32] Voir « The Broken Promise » (transcription anglaise), Kalla Fakta, Swedish TV4, 17 mai 2004 [en ligne], http://hrw.org/english/docs/2004/05/17/sweden8620.htm (consulté le 3 mars 2005); « The Broken Promise, Part II » (transcription anglaise), 24 mai 2004 [en ligne], http://hrw.org/english/docs/2004/05/24/sweden9219.htm (consulté le 3 mars 2005); « The Broken Promise, Part IV » (transcription anglaise), 22 novembre 2004 [en ligne], http://hrw.org/english/docs/2004/11/22/sweden10351.htm (consulté le 1er avril 2005).

situation à l'aéroport et pendant le trajet vers l'Égypte »[33]. Le rapport reprochait au service de sécurité suédois et à la police de l'aéroport d'[TRADUCTION] « avoir fait montre d'une subordination étonnante aux représentants américains »[34].

Malgré des visites mensuelles (quoique non privées) de diplomates suédois après leur retour en Égypte, les deux hommes ont allégué de manière crédible auprès de ces derniers, de leurs avocats et de leur famille qu'ils avaient été torturés et maltraités en détention[35]. À ce jour, les allégations et les rôles des trois gouvernements (la Suède, l'Égypte et les États-Unis) n'ont pas fait l'objet d'une enquête approfondie et l'administration Bush n'a pas reconnu son rôle dans le transfert des hommes en Égypte.

D'autres renvois facilités par les États-Unis ont eu lieu à partir de l'Europe. Par exemple, un procureur italien enquête actuellement sur le rôle des États-Unis dans l'enlèvement, en février 2003, de Hassan Mustafa Usama Nasr, un ecclésiastique égyptien aussi connu sous le nom d'Abu Omar. Abu Omar a disparu à Milan en février 2003; selon des témoins oculaires, il aurait été enlevé alors qu'il se rendait à pied à une mosquée pour les prières du midi. Il est resté introuvable jusqu'à ce que la police italienne enregistre un appel téléphonique qu'il a fait à son épouse un an plus tard, au cours duquel il a déclaré avoir été emmené sur une base aérienne américaine en Italie et ensuite envoyé par avion au Caire[36]. Lors de cet appel, Abu Omar a dit à son épouse qu'[TRADUCTION] « il avait été tellement torturé par la police secrète au Caire qu'il était devenu sourd d'une oreille »[37].

Une autre version d'un renvoi a été mise en lumière lorsque les parents d'Ahmed Omar Abu Ali, un citoyen américain, ont allégué que leur fils avait été arrêté par les autorités saoudiennes en juin 2003, alors qu'il étudiait là-bas, détenu à la demande des autorités américaines et torturé pendant ses vingt mois passés sous garde. En décembre 2004, un tribunal américain a rejeté la requête du gouvernement en irrecevabilité de la requête en habeas corpus de M. Abu Ali, en décidant qu'il pourrait avoir compétence à l'égard de sa détention en Arabie saoudite s'il pouvait être établi que le gouvernement américain avait joué un rôle dans cette détention par les autorités saoudiennes. La décision de la cour fédérale a forcé l'administration Bush à détenir M. Abu Ali aux États-Unis et à porter des

---

[33] Mattias Karen, « Report: Security police broke law allowing Americans handle extradition of Egyptians », Associated Press, 22 mars 2005 (consulté le 22 mars 2005).

[34] Chefsjustitieombudsmannen Mats Melin, Avvisning till Egypten - en granskning av Säkerhetspolisens verkställighet av ett regeringsbeslut om avvisning av två egyptiska medborgare [Expulsion vers l'Égypte : un examen de l'application, par la police de sûreté, d'une décision du gouvernement d'expulser deux citoyens égyptiens], numéro de référence : 2169-2004, 22 mars 2005, section 3.2.2, copie dans les dossiers de Human Rights Watch.

[35] Rapport de Human Rights Watch, « Toujours en danger : les assurances diplomatiques ne protègent pas de la torture », avril 2005, p. 58 [en ligne], http://www.hrw.org/reports/2005/eca0405/ (consulté le 6 mai 2005). *Voir, d'une façon générale, ibid.*, p. 57-63.

[36] Voir Craig Witlock, « Europeans Investigate CIA Role in Abductions », Washington Post (13 mars 2005), pp. A1 et A18.

[37] Stephen Grey, *U.S. Agents "Kidnapped Militant" for Torture in Egypt*, *The Sunday Times*, Londres, 6 février 2005.

accusations criminelles contre lui en février 2005[38]. Plus récemment, M. Abu Ali a déposé auprès du tribunal des documents alléguant qu'il avait été interrogé par des agents du FBI alors qu'il était détenu en Arabie saoudite, qu'il avait informé le FBI des actes de torture commis contre lui par les autorités saoudiennes et que les agents du FBI n'avaient pas réagi à ses allégations[39].

Le cas de Maher Arar compte parmi les cas précités et d'autres cas connus de renvois comportant un risque de torture. M. Arar a lui aussi été remis à un gouvernement bien connu pour son recours à la torture (lequel est par ailleurs bien documenté par le gouvernement américain dans les rapports annuels du Département d'État sur les droits de la personne). Bien que son renvoi ait eu lieu à la suite de procédures d'immigration accélérées, un résultat similaire a été obtenu. Malgré l'interdiction absolue visant l'envoi de personnes dans des lieux où elles risquent d'être torturées ou maltraitées, les États-Unis ont livré Maher Arar à un gouvernement que le Président George W. Bush a ensuite critiqué pour avoir laissé à ses citoyens un héritage de torture et d'oppression[40].

Les cas précités mettent en doute la prétention de l'administration Bush selon laquelle sa politique en matière de renvoi est légitime et n'expose personne à un risque de torture. Même s'il existe peu de renseignements au sujet des renvois, il est de plus en plus évident que des suspects remis à d'autres gouvernements ont réellement été victimes de torture et de mauvais traitements aux mains de leurs gardiens de prison. Un tel résultat était tout à fait prévisible, compte tenu du piètre bilan en matière de droits de la personne des gouvernements destinataires. Ces transferts violent l'obligation juridique des États-Unis et de tout gouvernement de ne pas livrer une personne à un autre État si elle risque d'y être torturée ou d'y subir d'autres mauvais traitements.

Obligations juridiques des États-Unis

En vertu du droit international et de la législation américaine, les États-Unis ont l'obligation de ne pas envoyer une personne dans un lieu où elle risque d'être torturée. Cette obligation de non-refoulement est absolue et n'est en aucun cas susceptible de dérogation.

---

[38] Voir l'éditorial « Shame on Bush for Rights Violation », *Newsday*, 27 février 2005; Michael Isikoff, « A Tangled Web », *Newsweek*, 7 mars 2005. Le 22 février 2005, M. Abu Ali a été accusé de complot en vue de commettre des actes terroristes devant la Cour de district des États-Unis à Alexandria, en Virginie. Pour un compte rendu détaillé de l'affaire, voir Elaine Cassel, « The Strange Case of Ahmed Omar Abu Ali: Troubling Questions about the Government's Motives and Tactics », FindLaw's Legal Commentary (7 mars 2005), à http://writ.news.findlaw.com/cassel/20050307.html [consulté le 1er avril 2005]. Pour de plus amples renseignements, voir le site Web de World Organization for Human Rights USA, à http://www.humanrightsusa.org.

[39] Voir Jerry Markon, « Terror Suspect's Attorneys Link FBI to Alleged Torture by Saudis », *Washington Post*, 11 mai 2005.

[40] Observations du Président George W. Bush lors du vingtième anniversaire de la National Endowment of Democracy, 6 novembre 2003 [en ligne], http://www.ned.org/events/anniversary/oct1603-Bush.html (consulté le 12 mai 2005).

I. Droit international

A. Convention contre la torture

Les États-Unis ont signé la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants[41] (ci-après appelée la « CCT ») en avril 1988 et l'ont ratifiée en octobre 1994. La ratification américaine était assujettie à certaines déclarations, réserves et interprétations, notamment celle selon laquelle la Convention ne possédait pas force obligatoire directe dans l'ordre interne et nécessitait donc l'adoption d'une loi nationale de mise en œuvre pour entrer en vigueur[42].

L'article 3 de la CCT établit l'obligation de non-refoulement dans les cas où une personne risquerait d'être torturée si elle était envoyée dans un pays donné. Le paragraphe 3(1) prévoit expressément qu'« [a]ucun Etat partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture ». Pour sa part, le paragraphe 3(2) exige que le gouvernement d'envoi tienne compte de l'existence de violations des droits de l'homme graves, flagrantes ou massives au moment d'évaluer le risque de torture[43].

Les États-Unis ont ajouté leur interprétation de l'article 3 de la CCT, en indiquant que les mots « où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture » seraient interprétés de manière à signifier [TRADUCTION] « s'il est vraisemblable qu'elle sera torturée »[44]. Cette norme a été incorporée aux règlements américains en matière d'immigration qui régissent les décisions de surseoir à un renvoi pour des motifs énoncés dans la CCT[45]. Elle est plus restrictive que l'interprétation du Comité des droits de l'homme des Nations Unies[46]. Toutefois, étant donné qu'elle est formulée non pas

---

[41] Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ouverte à la signature le 10 décembre 1984, A.G. Rés. 39/46, 39 N.U. AGRO Suppl. n° 51, p. 197, Doc. A/RES/39/708 N.U. (1984), entrée en vigueur le 26 juin 1987, 1465 R.T.N.U. 85, 23 I.L.M. 1027 (1984), modifiée dans 24 I.L.M. 535, disponible à http://www.ohchr.org/french/law/cat.htm (consulté le 26 avril 2005).

[42] Sen. Exec. Rpt. 101-30, Resolution of Advice and Consent to Ratification, (1990) [en ligne], http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterIV/treaty14.asp (consulté le 9 mai 2005).

[43] L'art. 3 de la CCT se lit comme suit :

1. Aucun Etat partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture.
2. Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiendront compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, dans l'Etat intéressé, d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives.

[44] Sen. Exec. Rpt. 101-30, Resolution of Advice and Consent to Ratification, (1990), par. II.3.

[45] Voir Michael John Garcia, « The U.N. Convention Against Torture: Overview of U.S. Implementation Policy Concerning the Removal of Aliens », *Congressional Research Service*, 11 mars 2004 [en ligne], http://www.law.duke.edu/curriculum/coursehomepages/Fall2004/351_01/readings/crs.pdf#search='crs%20convention%20torture%20removal' (consulté le 5 mai 2005), p. 6.

[46] Voir Association of the Bar of the City of New York and Center for Human Rights and Global Justice at NYU School of Law, « Torture by Proxy: International and Domestic Law Applicable to 'Extraordinary Renditions' », octobre 2004, p. 37. Les commentateurs soulignent que, selon le Comité contre la torture, il n'est pas nécessaire que le « risque sérieux » satisfasse au critère de la « forte probabilité », bien qu'il doive

comme une réserve mais comme une interprétation visant à préciser le sens des termes employés dans la CCT, l'interprétation américaine n'a pas, en règle générale, été perçue comme une tentative de se soustraire à l'obligation de non-refoulement prévue à l'article 3[47]. Le gouvernement américain n'a pas fondé sa politique actuelle en matière de renvoi sur la prétention selon laquelle son interprétation de l'article 3 lui permet de transférer des personnes dans un lieu où elles risquent d'être torturées en violation de la norme internationale. Par conséquent, l'interprétation n'a pas été un sujet de préoccupation concernant les pratiques américaines actuelles en matière de renvoi.

L'administration Bush a récemment énoncé son interprétation de ses obligations aux termes de l'article 3 de la CCT dans le rapport qu'elle a présenté au Comité des Nations Unies contre la torture le 6 mai 2005[48]. Après avoir reconnu son obligation de non-refoulement, le gouvernement américain indique dans le rapport qu'il :

> [TRADUCTION]
> [...] est au courant des allégations selon lesquelles il aurait transféré des personnes dans des pays tiers, où elles ont été torturées. Les États-Unis ne procèdent pas au transfert de personnes dans des pays où, de l'avis des États-Unis, il est « vraisemblable » qu'elles seront torturées. Cette politique s'applique à tous les éléments du gouvernement des États-Unis. S'il y a lieu, les États-Unis obtiennent, de la part du gouvernement étranger auquel un détenu est transféré, des assurances selon lesquelles il n'aura pas recours à la torture contre cette personne. Si, eu égard aux préoccupations en matière de traitement, les assurances n'étaient pas jugées suffisantes, les États-Unis ne livraient pas la personne au gouvernement étranger à moins qu'il ne fût donné suite aux préoccupations de façon satisfaisante[49].

Dans le contexte de l'immigration, le rapport américain présenté au Comité contre la torture indique que le gouvernement américain se fonde sur des assurances dans [TRADUCTION] « un très petit nombre de cas » et seulement si cela est conforme à

---

aller au-delà des hypothèses ou des soupçons; il s'agit d'un seuil moins élevé que son équivalent américain, [TRADUCTION] « vraisemblable ». Voir Comité contre la torture, observation générale n° 1, *Communications concerning the return of a person to a State where there may be grounds he would be subjected to torture (article 3 in the context of article 22)*, Doc. A/53/44 N.U., annexe IX, p. 52 (1998) [en ligne], http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/Gen_Com.nsf/3b4ae2c98fe8b54dc12568870055fbbd/187234925cc264a6c12568870052d8d1?OpenDocument (consulté le 9 mai 2005).

[47] Voir, p. ex., Association of the Bar of the City of New York and Center for Human Rights and Global Justice at NYU School of Law, « Torture by Proxy: International and Domestic Law Applicable to 'Extraordinary Renditions' », octobre 2004, note de bas de p. 227.

[48] Second Periodic Report of the United States of America to the Committee Against Torture, 6 mai 2005 [en ligne], http://www.state.gov/g/drl/rls/45738.htm (consulté le 12 mai 2003). L'art. 19 de la CCT prévoit que les États parties sont tenus de présenter des rapports au Comité tous les quatre ans. Les États-Unis avaient présenté leur dernier rapport en 1999.

[49] *Ibid.*, par. 27.

l'article 3 de la CCT[50]. Dans les cas d'extradition, la décision de demander des assurances est prise au cas par cas[51]. En ce qui concerne les transferts de personnes détenues par les États-Unis dans la baie de Guantánamo, le rapport indique que la politique américaine est conforme à la politique générale énoncée ci-dessus : les renvois comportant un risque de torture suivant la CCT et de persécution suivant la Convention sur les réfugiés sont pris en compte. Le rapport décrit les circonstances dans lesquelles le département de la Défense a [TRADUCTION] « choisi de ne pas transférer des détenus dans leur pays d'origine en raison de préoccupations en matière de torture »[52]. À n'en pas douter, ce langage fait allusion aux quelque vingt-quatre Ouïgours chinois détenus à Guantánamo[53].

L'interdiction visant le refoulement tire aussi ses origines de la notion de complicité de torture. L'article 4 de la CCT prévoit clairement que les crimes de torture comprennent non seulement les actes de torture, mais aussi les actes qui constituent une complicité ou une participation à l'acte de torture[54]. Par ailleurs, la notion de responsabilité du complice est bien établie dans le droit interne américain[55]. De plus, un État peut manquer à ses obligations internationales s'il contribue sciemment à l'acte illégal d'un autre État[56].

B. Pacte international relatif aux droits civils et politiques

L'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques[57] (ci-après appelé le « PIRDCP »), ratifié par les États-Unis le 8 juin 1992, prévoit que « [n]ul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ». Cette garantie n'est pas susceptible de dérogation; autrement dit, elle demeure en vigueur même dans les situations d'urgence qui menacent l'existence de la nation. Le Comité des droits de l'homme, qui surveille la mise en œuvre du PIRDCP par les gouvernements

---

[50] *Ibid.*, par. 30.
[51] *Ibid.*, par. 37.
[52] *Ibid.*, annexe I, partie 1, II.E.
[53] Voir Joe McDonald, « Powell says U.S. won't send home Chinese Muslims held at Guantanamo Bay », *Associated Press*, 13 août 2004.
[54] Le par. 4(1) de la CCT se lit comme suit : « Tout Etat partie veille à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal. Il en est de même de la tentative de pratiquer la torture ou de tout acte commis par n'importe quelle personne qui constitue une complicité ou une participation à l'acte de torture. »
[55] Voir, p. ex., 18 U.S.C. §2. Pour une analyse de la responsabilité du complice en droit interne américain en matière de renvoi, voir Association of the Bar of the City of New York and Center for Human Rights and Global Justice at NYU School of Law, « Torture by Proxy: International and Domestic Law Applicable to 'Extraordinary Renditions' », octobre 2004, p. 103-108.
[56] Voir les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, adoptés par la Commission du droit international lors de sa 53e session (2001), A/56/10 (supplément 10), chap. IV.E.1, 12 décembre 2001, art. 16 et 17. Pour une analyse de la responsabilité dérivée des États-Unis relativement aux actes d'un autre État et d'organismes d'un autre État dirigés et contrôlés par les États-Unis en matière de renvoi, voir Association of the Bar of the City of New York and Center for Human Rights and Global Justice at NYU School of Law, « Torture by Proxy: International and Domestic Law Applicable to 'Extraordinary Renditions' », octobre 2004, p. 98-100.
[57] Pacte international relatif aux droits civils et politiques, A.G. Rés. 2200A (XXI), N.U. AGRO, 21e sess., Suppl. no 16, p. 52, Doc. A/6316 N.U., 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976, 999 R.T.N.U. 171 [en ligne], http://www.ohchr.org/french/law/ccpr.htm (consulté le 9 mai 2005).

nationaux, a interprété l'interdiction de torture et de mauvais traitements prévue par le Pacte de manière à ce qu'elle englobe l'obligation de non-refoulement : « De l'avis du Comité les Etats parties ne doivent pas exposer des individus à un risque de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en les renvoyant dans un autre pays en vertu d'une mesure d'extradition, d'expulsion ou de refoulement[58]. »

Par ailleurs, en mars 2004, le Comité des droits de l'homme a adopté l'observation générale n° 31 sur l'article 2 du PIRDCP (concernant la non-discrimination), intitulée « La nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats parties au Pacte ». Le paragraphe 12 se lit comme suit :

> [...] l'obligation que fait l'article 2 aux États parties de respecter et garantir à toutes les personnes se trouvant sur leur territoire et à toutes les personnes soumises à leur contrôle les droits énoncés dans le Pacte entraîne l'obligation de ne pas extrader, déplacer, expulser quelqu'un ou le transférer par d'autres moyens de leur territoire s'il existe des motifs sérieux de croire qu'il y a un risque réel de préjudice irréparable dans le pays vers lequel doit être effectué le renvoi ou dans tout pays vers lequel la personne concernée peut être renvoyée par la suite, tel le préjudice envisagé aux articles 6 [droit à la vie] et 7 [torture ou traitements cruels, inhumains ou dégradants] du Pacte. Les autorités administratives et judiciaires compétentes doivent prendre conscience de la nécessité de veiller à ce que les obligations découlant du Pacte à cet égard soient respectées[59].

Il importe de souligner que, conformément à l'article 7 du PIRDCP, l'expression « préjudice irréparable » comprend expressément les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

C. Autres instruments et mécanismes internationaux

1. Convention des Nations Unies sur les réfugiés

L'obligation de non-refoulement est également un principe du droit international des réfugiés. La Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et le Protocole de 1967 y afférent (Convention sur les réfugiés) prévoient qu'aucun État « n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité,

---

[58] Comité des droits de l'homme, observation générale n° 20, *article 7*, Doc. A/47/40 N.U. (1992) [en ligne], http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/6924291970754969c12563ed004c8ae5?Opendocument (consulté le 9 mai 2005).

[59] Comité des droits de l'homme, observation générale n° 31, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mars 2004 (adoptée le 29 mars 2004) [en ligne], http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/Gen_Com.nsf/a1053168b922584cc12568870055fbbc/7fe15c0f9b9dc489c1256ed800498f39?OpenDocument (consulté le 9 mai 2005). L'art. 2 du PIRDCP se lit comme suit : « Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. »

de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques »[60]. Les États-Unis sont partie au Protocole de 1967 et ont mis en œuvre leurs obligations internationales dans leur législation nationale au moyen de la Refugee Act of 1980[61].

Contrairement aux interdictions prévues dans la CCT et le PIRDCP, l'interdiction du refoulement que prévoient la Convention sur les réfugiés et le Protocole n'est pas absolue et des exceptions sont permises dans des circonstances très limitées[62]. Cependant, une personne qui n'a pas droit au statut de réfugié ou à la protection continue contre le refoulement en raison de l'une quelconque des exceptions conserve le droit de demander la protection contre les renvois ou transferts comportant un risque de torture ou de mauvais traitements prévue par d'autres instruments internationaux, par exemple la CCT, ainsi que par le droit international coutumier.

2. Droit humanitaire international

Le droit humanitaire international interdit la torture et le mauvais traitement des combattants et des civils dans tout conflit armé international ou non international[63]. Les Conventions de Genève n'autorisent explicitement le transfert de prisonniers de guerre et de civils qu'aux États qui sont parties aux Conventions et désireux de respecter les

---

[60] Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, 189 R.T.N.U. 150, entrée en vigueur le 22 avril 1954, art. 33 [en ligne], http://www.ohchr.org/french/law/refugies.htm (consulté le 18 mars 2005); Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés, 606 R.T.N.U. 267, entré en vigueur le 4 oct. 1967 [en ligne], http://www.ohchr.org/french/law/protocolrefugies.htm (consulté le 18 mars 2005).

[61] Refugee Act of 1980, Pub. L. No. 96-212, 94 Stat. 102 (1980).

[62] Une personne qui revendique le statut de réfugié peut se voir refuser ce statut en raison de la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés qui, d'une façon générale, interdit l'octroi du statut de réfugié aux personnes ayant commis des crimes de guerre ou des crimes graves de droit commun. Quant aux personnes déjà reconnues comme réfugiés, l'art. 33 de la Convention prévoit que le non-refoulement « ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays ». De plus, l'art. 32 (Expulsion) exige que l'expulsion n'ait lieu qu'en exécution d'une décision rendue conformément à la procédure par la loi et que le réfugié soit autorisé à fournir des preuves et à se faire représenter, sauf si des raisons impérieuses de sécurité nationale s'y opposent.

[63] Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 31, entrée en vigueur le 21 octobre 1950, art. 50; Deuxième Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 85, entrée en vigueur le 21 octobre 1950, art. 51; Troisième Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, 6 U.S.T. 3316, 75 R.T.N.U. 135, entrée en vigueur le 21 octobre 1950, art. 13, 17 et 130; Quatrième Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, 6 U.S.T. 3516, 75 R.T.N.U. 287, entrée en vigueur le 21 octobre 1950, art. 31, 32 et 147; Protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 1125 R.T.N.U. 3, entré en vigueur le 7 décembre 1978, art. 11 et 85; Protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 1125 R.T.N.U. 609, entré en vigueur le 7 décembre 1978, art. 4.2. De plus, le droit international coutumier, l'art. 3 commun aux Conventions de Genève et l'art. 75 du Protocole I exigent que toutes les personnes détenues dans les conflits armés internationaux et non internationaux soient traitées avec humanité.

garanties qui y sont codifiées[64]. L'interdiction de la torture et des mauvais traitements prévue par le droit humanitaire vise presque toutes les personnes susceptibles d'être détenues dans les conflits armés, y compris les combattants sans privilèges ou les civils qui prennent les armes. Cependant, même dans les conflits armés, certaines normes en matière de droits de la personne, notamment celle qui interdit la torture et les mauvais traitements ainsi que le refoulement menant à de tels abus, demeurent applicables parce qu'elles ne sont pas susceptibles de dérogation. Par conséquent, nul n'est laissé sans protection, quels que soient sa nationalité, son statut de combattant ou la nature des hostilités.

Dans le contexte de la campagne mondiale des États-Unis contre le terrorisme, il importe de souligner l'interdiction de la torture et du refoulement prévue par le droit humanitaire international. Le Président Bush a récemment tenté de défendre la politique américaine en matière de renvoi en invoquant en partie un état de guerre permanent. Même s'il a affirmé que la politique est conforme à la loi parce que [TRADUCTION] « nous nous attendons à ce que les pays dans lesquels nous envoyons une personne ne pratiquent pas la torture »[65], cette affirmation ne tient pas compte du fait que certains gouvernements destinataires sont bien connus pour leur recours à la torture et que l'interdiction du refoulement est absolue. Même si l'administration Bush soutenait que Maher Arar, en tant que terroriste présumé, pouvait être traité comme un combattant ennemi, cela n'aurait aucune incidence sur son droit de ne pas être transféré dans un lieu où il existe un risque de torture ni sur l'obligation concomitante des États-Unis de ne pas le transférer dans un tel lieu. Les lois de la guerre interdisent en tout temps la torture et les mauvais traitements, y compris le refoulement menant à de tels abus. En outre, tel que souligné ci-haut, quel que soit le statut d'une personne en vertu du droit humanitaire international, elle demeure protégée en tout temps par l'interdiction de la torture et du refoulement prévue par le droit international en matière de droits de la personne.

3. Autres mécanismes internationaux

Le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture a exprimé de graves préoccupations au sujet des pratiques gouvernementales qui portent de plus en plus atteinte à l'interdiction absolue du refoulement menant à la torture. Dans son rapport présenté à l'Assemblée générale des Nations Unies en septembre 2004, le Rapporteur

---

[64] Troisième Convention de Genève, art. 12 (« Les prisonniers de guerre ne peuvent être transférés par la Puissance détentrice qu'à une Puissance partie à la Convention et lorsque la Puissance détentrice s'est assurée que la Puissance en question est désireuse et à même d'appliquer la Convention. Quand des prisonniers sont ainsi transférés, la responsabilité de l'application de la Convention incombera à la Puissance qui a accepté de les accueillir pendant le temps qu'ils lui seront confiés. »); Quatrième Convention de Genève, art. 45 (« Les personnes protégées ne pourront être transférées par la Puissance détentrice à une Puissance partie à la Convention qu'après que la Puissance détentrice s'est assurée que la Puissance en question est désireuse et à même d'appliquer la Convention. Quand les personnes protégées sont ainsi transférées, la responsabilité de l'application de la Convention incombera à la Puissance qui a accepté de les accueillir pendant le temps qu'elles lui seront confiées. [...] Une personne protégée ne pourra, en aucun cas, être transférée dans un pays où elle peut craindre des persécutions en raison de ses opinions politiques ou religieuses. »)

[65] Conférence de presse du Président, 28 avril 2005 [en ligne], http://www.whitehouse.gov/news/releases/2005/04/20050428-9.html (consulté le 29 avril 2005).

spécial sortant, Theo von Boven, a souligné le problème des renvois menant à la torture et a demandé aux gouvernements de respecter leur obligation fondamentale d'empêcher les actes de torture et les mauvais traitements, non seulement sur leur propre territoire, mais aussi « en ne mettant pas une personne sous le contrôle d'un autre État dans lequel il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture »[66]. Plus récemment, Manfred Nowak, le nouveau Rapporteur spécial, a exprimé de grandes préoccupations au sujet des tentatives visant à se soustraire à l'interdiction absolue de la torture et des mauvais traitements au nom de la lutte contre le terrorisme, notamment [TRADUCTION] « en renvoyant les terroristes présumés dans des pays bien connus pour leurs pratiques systématiques de torture »[67].

La plus récente résolution de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies sur le problème de la torture s'oppose fermement au transfert de personnes dans des lieux où elles risquent d'être torturées. Contrairement aux années précédentes, la résolution de 2005 traite de l'obligation de non-refoulement dans un paragraphe-clef du texte et indique clairement que les normes internationales interdisent toutes les formes de transfert comportant un risque de torture. Elle demande instamment aux États de ne pas expulser, refouler, extrader « ou transférer de quelque autre façon » une personne là où elle risque d'être torturée[68]. La résolution a été présentée à l'initiative de plusieurs gouvernements, dont ceux des États-Unis et du Canada, et a été adoptée à l'unanimité par la Commission des droits de l'homme des Nations Unies le 19 avril 2005.

D. Droit international coutumier

L'interdiction de la torture et des mauvais traitements fait désormais partie du *jus cogens*; autrement dit, il s'agit d'une norme impérative du droit international. À ce titre, elle fait partie de l'ensemble du droit international coutumier qui lie tous les États, que ceux-ci aient ou non ratifié les traités dans lesquels l'interdiction de la torture est consacrée. Un grand nombre de gouvernements, experts en matière de droits de la personne et juristes ont également affirmé que l'interdiction du refoulement, qui est dérivée de l'interdiction absolue de la torture et qui n'est pas susceptible de dérogation, a elle aussi un caractère de *jus cogens*[69]. Le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture a indiqué que

---

[66] Rapport de Theo van Boven, Rapporteur spécial sur la torture, présenté à l'Assemblée générale, A/59/324, 1er septembre 2004, par. 27, [en ligne], http://www.aidh.org/ONU_GE/Commission/61/Images/Onu-Torture.pdf (consulté le 9 mai 2005). Voir, d'une façon générale, *ibid.*, par. 25-42.

[67] Déclaration de Manfred Nowak, Rapporteur spécial sur la torture, présentée à la 61e session de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, Genève, 4 avril 2005 [en ligne], http://www.unhchr.ch/huricane/huricane.nsf/424e6fc8b8e55fa6802566b0004083d9/60b1e9ae29afe9b6c1256fdd0041b400?OpenDocument (consulté le 9 mai 2005).

[68] Commission des droits de l'homme des Nations Unies, résolution 2005/39 sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée le 19 avril 2005 [en ligne], http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G05/136/95/pdf/G0513695.pdf?OpenElement (consulté le 9 mai 2005).

[69] Voir Elihu Lauterpacht et Daniel Bethlehem, « The Scope and Content of the Principle of *Nonrefoulement* », 20 juin 2001, publié de nouveau en février 2003 [en ligne], http://www.unhcr.ch/cgi-bin/texis/vtx/publ/opendoc.pdf?tbl=MEDIA&id=419c75ce4 (consulté le 2 mai 2005); Rene Bruin et Kees Wouters, « Terrorism and the Non-Derogability of *Nonrefoulement* », *International Journal of Refugee Law*, volume 15, n° 5 (2003), section 4.6 [le caractère de *jus cogens* du non-refoulement]; Jean Allain,

« [l]e principe du non-refoulement fait partie intégrante de l'interdiction générale, absolue et impérative de la torture et des autres formes de mauvais traitements »[70].

En outre, la norme contre la torture est sans aucun doute l'un des « droits fondamentaux de la personne humaine » ayant un caractère *erga omnes*; autrement dit, tous les États ont un intérêt juridique à assurer sa protection[71]. En raison du caractère *erga omnes* de la norme, les États ont le droit d'intenter des poursuites pour sa violation à titre collectif ou individuel. La torture est une violation grave des Conventions de Genève, lesquelles imposent aux États parties l'obligation de « rechercher » les personnes qui commettent de tels crimes, quelle que soit leur nationalité, et de les traduire en justice devant leurs propres tribunaux[72]. Il s'agit d'un crime relevant de la compétence universelle qui peut aussi constituer un crime contre l'humanité ou un crime de guerre relevant de la compétence de la Cour pénale internationale[73]. Le droit général d'application et de redressement de la communauté internationale dans son ensemble comprend implicitement le principe selon lequel les États ont aussi l'obligation de ne pas faciliter les violations, non seulement par leurs propres agents, mais aussi par ceux des autres États. Le transfert de personnes dans des États où elles risquent d'être soumises à la torture ou à des mauvais traitements interdits, sous le prétexte d'assurances diplomatiques non fiables, bafoue le principe énoncé ci-dessus.

II. Droit interne américain

En 1998, le Congrès américain a adopté une loi mettant en œuvre l'article 3 de la CCT. L'alinéa 2242(a) de la Foreign Affairs Reform and Restructuring Act of 1998 (ci-après appelée la « FARRA ») se lit comme suit :

« The *Jus Cogens* Nature of *Nonrefoulement* », *International Journal of Refugee Law*, vol. 13 (2001), p. 538; David Weissbrodt et Isabel Hörtreitere, « The Principle of *Nonrefoulement*: Article 3 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Comparison with the *Nonrefoulement* Provisions of Other International Human Rights Treaties », *Buffalo Human Rights Law Review*, vol. 5 (1999).

[70] Rapport de Theo van Boven, Rapporteur spécial sur la torture, présenté à l'Assemblée générale, A/59/324, 1er septembre 2004, par. 28.

[71] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, jugement, Rapports C.I.J. 1970*, p. 32, par. 33. Bien que l'affaire *Barcelona Traction* n'ait pas expressément mentionné la torture, il est généralement accepté que l'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants est une norme si fondamentale et universelle qu'elle fait partie de cette catégorie d'obligations et que, par surcroît, la torture est un crime relevant de la compétence universelle. Voir, p. ex., *Restatement of the Law (Third): The Foreign Relations Law of the United States*, The American Law Institute, Washington, D.C., 1986, au § 702, commentaire (o), et M. Cherif Bassiouni, « International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes* », Law & Contemp. Prob. 25 (1996), p. 63 et 68.

[72] Voir, p. ex., les art. 146 et 147 de la Quatrième Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949.

[73] Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 1998, Doc. 2187 N.U. R.T.N.U. 90, entré en vigueur le 1er juillet 2002, al. 7(1)f) et sous-al. 8(2)(ii) et 8(2)c)(i-ii); voir aussi le Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de la Commission du droit international de 1996, aux art. 8 et 9 [en ligne], http://www.un.org/law/ilc/texts/dccomfra.htm (consulté le 31 mars 2005). Ce document fondateur du Statut de Rome a qualifié la torture de crime relevant de la compétence universelle à l'égard duquel tous les États sont tenus d'exercer leur compétence en matière pénale sans égard au lieu ou à l'auteur du crime.

[TRADUCTION]
Les États-Unis ont pour politique de ne pas expulser, extrader, ni renvoyer d'une autre manière et contre son gré une personne vers un pays où il existe des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture, que la personne soit ou non effectivement présente aux États-Unis[74].

Bien que l'énoncé de politique contenu dans la FARRA reprenne en grande partie l'obligation prévue au paragraphe 3(1) de la CCT, son libellé est important. L'énoncé précise que l'interdiction vise tous les types de transfert, que la personne soit ou non effectivement présente aux États-Unis. Le libellé peut aisément appuyer la conclusion selon laquelle tous les types de transfert, y compris les renvois extraterritoriaux, sont ainsi visés par la disposition. De plus, la loi reprend la norme des « motifs sérieux » prévue dans la CCT et écarte l'expression « vraisemblable » contenue dans l'interprétation des États-Unis présentée lors de sa ratification de la Convention.

La loi de 1998 exige aussi que tous les organismes fédéraux concernés prennent des règlements pour assurer la mise en œuvre complète et efficace de la loi[75]. Il faut des règlements pour traduire la politique en actions et orienter les fonctionnaires chargés de sa mise en œuvre. Les règlements ont deux buts importants. Premièrement, ils décrivent les procédures auxquelles peuvent recourir les personnes dont les droits sont en jeu pour contester leur transfert proposé en vertu de la loi. Deuxièmement, ils mettent en œuvre l'obligation de non-refoulement du gouvernement, en donnant aux autorités américaines des indications détaillées sur les mesures qu'elles doivent prendre lorsque le transfert à un autre gouvernement comporte un risque de torture. Ainsi, les règlements contribuent à concrétiser le droit fondamental qui interdit le transfert dans un lieu où la torture est pratiquée.

Cependant, seuls deux organismes fédéraux se sont conformés à l'exigence prévue par la loi de 1998. En mars 1999, l'ancien service d'immigration et de naturalisation (INS) a pris, en application de la FARRA, des règlements de mise en œuvre détaillés pour les affaires d'immigration. Les règlements lient encore les tribunaux d'immigration[76] ainsi que le service d'immigration depuis sa restructuration comme élément du département de la Sécurité intérieure (DHS) en mars 2003[77]. Toujours en 1999, le Département d'État a publié de très brefs règlements concernant les extraditions[78]. Aucun autre organisme n'a publié de règlements. Bien que certains aient laissé entendre que la CIA pourrait avoir adopté des directives internes[79], ni la CIA ni le département de la Défense ne possèdent

---

[74] Foreign Affairs Reform and Restructuring Act of 1998, Pub. L. No. 105-277 (8 U.S.C. 1231 note), § 2242(a).
[75] FARRA, § 2242(b).
[76] 8 CFR 1208.16-1208.18.
[77] 8 CFR 208.16-208.18.
[78] 22 CFR 95.1-95.4.
[79] Voir Michael John Garcia, « Renditions: Constraints Imposed by Laws on Torture », *Congressional Research Service*, 28 avril 2005, p. 8 [en ligne], http://www.fas.org/sgp/crs/natsec/RL32890.pdf#search='congressional%20research%20service%20RL32890' (consulté le 9 mai 2005) ([TRADUCTION] « les règlements de la CIA concernant les renvois [...] ne sont pas accessibles au public »).

de règlements officiels et accessibles au public visant la mise en œuvre de l'obligation de non-refoulement prévue par la loi de 1998. Un tel manquement est significatif, vu le rôle important que jouent ces organismes dans la détention de terroristes présumés et leur transfert à d'autres gouvernements.

Assurances diplomatiques

Le programme américain de renvoi est fondé sur l'obtention d'assurances diplomatiques, ou de promesses formelles des gouvernements destinataires selon lesquelles ces derniers n'auront pas recours à la torture ou à des mauvais traitements contre la personne qui fait l'objet du transfert. Face aux questions concernant la légalité de ses renvois dans des pays bien connus pour leur recours à la torture (tels que la Syrie, l'Égypte ou l'Ouzbékistan), l'administration Bush justifie les transferts en soulignant qu'elle a reçu des assurances diplomatiques du gouvernement destinataire[80]. Le gouvernement américain fonde sur le recours aux assurances diplomatiques sa prétention selon laquelle il peut renvoyer des suspects dans des pays tels que la Syrie, l'Égypte et l'Ouzbékistan sans violer ses obligations juridiques. Ce sont les assurances qui permettent aux États-Unis de réaliser la quadrature du cercle et de prétendre que de tels renvois ne violent pas l'interdiction absolue des renvois comportant un risque de torture.

Toutefois, lorsque les assurances sont analysées sous tous les angles, il est évident qu'elles ne justifient aucunement le transfert de suspects dans des pays qui ont recours à la torture. En raison de leurs lacunes juridiques et pratiques, les assurances diplomatiques n'offrent aucune protection contre la torture. Par conséquent, les assurances ne transforment pas un renvoi illégal en un transfert de garde légitime.

I. Origines des assurances – Extraditions vers les États-Unis dans les cas possibles de peine de mort

L'obtention d'assurances diplomatiques avant le transfert de la garde d'un criminel présumé n'est pas un phénomène nouveau. Les assurances diplomatiques sont utilisées dans le contexte de la peine de mort depuis de nombreuses années. Par exemple, le Traité type d'extradition des Nations Unies, adopté en 1990[81], prévoit que la peine de mort est un motif facultatif permettant de refuser l'extradition, sauf si l'État qui demande l'extradition fournit des assurances suffisantes. Au cours des dernières décennies, la tendance internationale de plus en plus marquée visant l'abolition de la peine de mort a amené les gouvernements et les organismes internationaux à réévaluer les pratiques d'extradition lorsque la peine de mort risque d'être infligée[82].

---

[80] Voir, p. ex., la conférence de presse du Président, 16 mars 2005; la lettre de William J. Haynes II adressée au sénateur Patrick Leahy, 25 juin 2003; Mark Sherman, « Gonzales: U.S. Won't Send Detainees to Torturers; Attorney General Alberto Gonzales Said the United States does not Send Detainees to Nations Allowing Torture, but Once They are Transferred, Can't Ensure Good Treatment », *Miami Herald*, 8 mars 2005.

[81] Traité type d'extradition, A/RES/45/116, 14 décembre 1990, al. 4d) [en ligne], http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r116.htm (consulté le 13 mai 2005).

[82] Voir Amnesty International, « USA: No Return to Execution: the US Death Penalty as a Barrier to Execution », novembre 2001, p. 11 [en ligne].

Le Canada offre un bon exemple de la réticence croissante à extrader des suspects sans obtenir de garanties appropriées contre une exécution possible. Le recours à la peine de mort devient de moins en moins populaire dans le monde entier; en même temps, des assurances contre la peine de mort sont de plus en plus nécessaires pour que le Canada procède à l'extradition d'un criminel présumé. Selon le traité d'extradition entre les États-Unis et le Canada, ratifié en 1976, le pays auquel l'extradition est demandée peut exiger des assurances contre la peine de mort[83]. Dans deux affaires des années 1990, le *Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.)* et *Kindler c. Canada*, la Cour suprême du Canada a conclu que la décision de demander des assurances contre la peine de mort était à la discrétion du pouvoir administratif et que la Constitution n'exigeait pas des assurances dans tous les cas[84]. Toutefois, en 2001, la Cour suprême du Canada a fait un pas en avant dans l'affaire *États-Unis c. Burns*, en concluant que, « sauf circonstances exceptionnelles, que nous nous abstiendrons d'essayer de prévoir, la Constitution exige les assurances prévues et ce dans tous les cas où la peine de mort risque d'être infligée »[85]. Bien que l'arrêt a *Burns* demeure problématique parce qu'il a ouvert la voie à une exception, la règle générale selon laquelle la Constitution exige des assurances dans les cas où la peine de mort risque d'être infligée a marqué un progrès important par rapport à l'arrêt *Kindler*.

Les organismes internationaux ont également abordé la question. Le Comité des droits de l'homme, qui a examiné l'extradition de Chitat Ng par le Canada, a conclu que le Canada avait violé les obligations que lui imposait le PIRDCP en extradant M. Ng vers la Californie sans obtenir d'assurances contre la peine de mort[86]. Au moment de l'extradition de M. Ng, l'asphixie par le gaz était la seule méthode d'exécution utilisée en Californie. Le Comité a conclu que cette méthode violait l'interdiction des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants prévue à l'article 7 du PIRDCP.

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) s'est aussi penchée sur la question des assurances dans des cas d'extradition vers des pays qui appliquent la peine de mort. En 1989, le Royaume-Uni était sur le point d'extrader Jens Soering vers l'État américain de la Virginie, en dépit du fait qu'il n'avait pas obtenu d'assurances contre l'exécution de M. Soering. Le gouvernement du Royaume-Uni n'avait obtenu que la promesse que son

---

http://web.amnesty.org/library/pdf/AMR511712001ENGLISH/$File/AMR5117101.pdf (consulté le 2 mai 2005).

[83] Voir le Traité type d'extradition, modifié par l'échange des notes du 28 juin et du 9 juillet 1974, entré en vigueur le 22 mars 1976, 27 U.S.T. 983; T.I.A.S. 8237, art. 6.

[84] *Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.)*, [1991] 2 R.C.S. 858 [en ligne], http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/fr/pub/1991/vol2/html/1991rcs2_0858.html (consulté le 5 mai 2005); *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779 [en ligne], http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/fr/pub/1991/vol2/html/1991rcs2_0779.html (consulté le 5 mai 2005).

[85] *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, par. 65 [en ligne], http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/fr/pub/2001/vol1/html/2001rcs1_0283.html (consulté le 2 mai 2005).

[86] *Chitat Ng c. Canada*, Commission des droits de l'homme des Nations Unies, Communication n° 469/1991, Doc. CCPR/C/49/D/469/1991 N.U. (1994) [en ligne], http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/MasterFrameView/0c4df251fe2fbc24802567230056fc46?Opendocument (consulté le 13 mai 2005).

point de vue sur la peine de mort serait expliqué au juge chargé d'infliger la peine. M. Soering, un ressortissant allemand, a demandé réparation à la CEDH[87]. L'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[88] interdit la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants. Étant donné l'âge et l'état mental de M. Soering au moment de l'infraction et sa longue attente dans l'antichambre de la mort, la CEDH a conclu que l'extradition « exposerait l'intéressé à un risque réel de traitement dépassant le seuil fixé par l'article 3[89] » de la Convention européenne.

Tant la CEDH dans l'affaire *Soering* que le Comité des droits de l'homme dans l'affaire *Ng* ont conclu que le défaut d'obtenir des assurances contre la peine de mort violait l'interdiction des mauvais traitements établie respectivement à l'article 3 de la Convention européenne et à l'article 7 du PIRDCP.

Assurances contre la torture par rapport aux assurances contre la peine de mort

Les assurances peuvent offrir une protection convenable contre la peine de mort, mais leur utilisation dans le contexte de la torture et des mauvais traitements est très différente. Quels que soient le point de vue de chacun au sujet de la peine de mort[90] et la tendance vers son abolition universelle, la peine de mort ne constitue pas en soi une violation du droit international en matière de droits de la personne. Puisque la peine de mort demeure légale aux États-Unis, elle est appliquée publiquement et seulement après l'infliction de la peine capitale lors d'un procès public. Un gouvernement procédant à l'extradition ou au transfert d'un criminel présumé vers les États-Unis sur la foi d'assurances contre la peine de mort saurait que le gouvernement des États-Unis ou d'un État américain viole ces assurances si celui-ci demandait la peine de mort lors du procès ou fixait la date d'exécution. L'État d'envoi pourrait protester contre la violation des assurances avant l'exécution.

En revanche, il est compliqué et souvent inefficace d'assurer le respect des assurances contre la torture. La torture et les mauvais traitements sont toujours illégaux et, par conséquent, les gouvernements tentent de dissimuler leur conduite illégale. Les

---

[87] *Soering c. Royaume-Uni*, Cour européenne des droits de l'homme, jugement du 7 juillet 1989, Série A, n° 161.

[88] Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 222, entrée en vigueur le 3 septembre 1953, modifiée par les Protocoles n^os^ 3, 5, 8 et 11, lesquels sont entrés en vigueur le 21 septembre 1970, le 20 décembre 1971, le 1^er^ janvier 1990 et le 1^er^ novembre 1998 respectivement [en ligne], http://www.echr.coe.int/Convention/webConvenFRE.pdf (consulté le 2 mai 2005). Au moment de la décision, le Royaume-Uni n'avait pas ratifié le Protocole 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui interdit la peine de mort.

[89] *Soering*, au par. 111.

[90] Human Rights Watch s'oppose à la peine de mort dans tous les cas. La peine de mort est une forme de peine unique pour sa cruauté qui est inévitablement appliquée de façon arbitraire et surtout infligée aux plus vulnérables : les pauvres, les personnes atteintes de maladie mentale et les personnes de couleur. La possibilité de commettre des erreurs, inhérente à tout système de justice pénale, signifie que des personnes innocentes peuvent être exécutées, même lorsqu'il y a application régulière de la loi.

gouvernements qui ne respectent pas les droits de la personne et qui pratiquent la torture sont habituellement experts dans l'utilisation de méthodes de torture qui ne laissent aucune marque ni aucun indice sur le corps. En raison du secret et des faux-fuyants qui entourent le recours à la torture, les gouvernements d'envoi n'ont aucun moyen de savoir si les assurances ont été violées, à moins que la victime ne survive, qu'elle soit libérée et qu'elle trouve un refuge pour raconter ses expériences. Pour les motifs énoncés ci-haut, les assurances diplomatiques peuvent être appropriées dans le contexte des extraditions vers des États qui conservent la peine de mort, mais elles n'offrent aucune protection contre la torture ou les mauvais traitements.

II. Assurances diplomatiques en cas de renvoi

Le droit international et le droit américain interdisent aux États-Unis d'envoyer une personne dans un lieu où elle risque d'être torturée. Malgré l'interdiction absolue visant de tels transferts, le gouvernement américain a envoyé de nombreux suspects dans des pays bien connus pour leur recours à la torture et aux mauvais traitements depuis le 11 septembre 2001. Certains de ces renvois ont eu lieu dans un cadre juridique particulier, tel qu'un processus de renvoi en matière d'immigration, tandis que d'autres ont pris la forme de transferts secrets effectués par le pouvoir exécutif en dehors de tout cadre juridique.

Les États-Unis justifient de tels transferts en soutenant qu'ils demandent des assurances diplomatiques selon lesquelles la personne faisant l'objet du transfert sera traitée avec humanité et ne sera pas torturée[91]. Les assurances diplomatiques sont des promesses formelles, écrites ou verbales, faites par le gouvernement destinataire et selon lesquelles celui-ci n'aura pas recours à la torture ou à de mauvais traitements contre la personne qui fait l'objet du transfert. Obtenues par voie diplomatique, les assurances ne sont pas juridiquement contraignantes mais constituent plutôt une série d'« ententes » entre les deux gouvernements. Dans certains cas, les assurances comprennent des mécanismes de surveillance qui permettent essentiellement aux diplomates du pays d'envoi de rendre visite à la personne ayant fait l'objet du transfert[92].

Bien que les États-Unis aient pour politique officielle de demander des assurances contre la torture, seul le droit de l'immigration prévoit expressément le recours aux assurances[93]. Les règlements en matière d'immigration exigent que le procureur général, en

---

[91] Voir ci-dessus note 80.

[92] Voir, p. ex., Priest, « CIA's Assurances… », *Washington Post* ([TRADUCTION] « Il y a un mois, Porter J. Goss, le directeur de la CIA, a déclaré au Congrès que la CIA avait "un programme de reddition de comptes" pour surveiller les prisonniers ayant fait l'objet d'un renvoi. Cependant, il a admis que, "bien entendu, dès qu'ils ne sont plus sous notre contrôle, il y a des limites à ce que nous pouvons faire". Lorsqu'on lui a demandé d'expliquer la déclaration de M. Goss, un agent du renseignement a déclaré ce qui suit : "Il existe des procédures de reddition de comptes. Par exemple, dans certains cas, le gouvernement américain jouit d'une autorisation d'accès et peut vérifier le traitement des détenus". L'agent a refusé de fournir de plus amples renseignements. »)

[93] 8 CFR 208.16(c) et 8 CFR 1208.18(c). En matière d'extradition, le secrétaire d'État a le pouvoir de procéder à la remise d'une personne sous réserve de conditions. On pourrait conclure qu'il a donc le pouvoir de demander des assurances, mais les règlements du Département d'État ne prévoient pas de lignes directrices visant la demande d'assurances et l'évaluation de leur fiabilité. Voir 22 CFR 95.3.

collaboration avec le secrétaire d'État, vérifie et évalue la fiabilité des assurances obtenues par le gouvernement américain dans les affaires d'immigration. Bien que, depuis la création du nouveau département de la Sécurité intérieure, les responsabilités du procureur général semblent être assumées par le secrétaire de la Sécurité intérieure, le procureur général aurait effectué une telle évaluation dans le cas de Maher Arar, avant la création du nouveau département[94].

L'évaluation de la fiabilité exigée par les règlements en matière d'immigration est entièrement discrétionnaire et n'est pas assujettie au contrôle judiciaire[95]. En cas de renvoi extraordinaire, le Département d'État et la Central Intelligence Agency (CIA) ont, semble-t-il, la tâche d'obtenir et d'évaluer les assurances[96]. Lorsque des détenus sont libérés ou transférés de la baie de Guantánamo, le département de la Défense, en collaboration avec le Département d'État et d'autres organismes gouvernementaux, assume cette responsabilité[97]. La personne faisant l'objet du transfert ne peut en aucun cas contester les assurances.

Fait étonnant, le pouvoir exécutif et les services du renseignement sont seuls responsables de demander et d'obtenir des assurances diplomatiques et d'en déterminer la fiabilité et la suffisance dans tous les cas. De plus, bien que les tribunaux aient traditionnellement eu pour rôle de protéger les droits de la personne, l'article 2242 de la FARRA de 1998 (et, s'il y a lieu, les règlements de mise en œuvre) n'accorde aux tribunaux qu'une compétence limitée pour garantir le respect du droit de la personne de ne pas être envoyé là où il existe un risque de torture[98].

La lacune flagrante de la législation et la politique américaines est l'absence d'une disposition prévoyant expressément des garanties procédurales pour la personne faisant

---

[94] Voir le deuxième rapport périodique des États-Unis d'Amérique présenté au Comité contre la torture, 6 mai 2005, par. 30. Dans les cas ayant précédé le transfert des fonctions en matière d'immigration au département de la Sécurité intérieure en conformité avec la Homeland Security Act de 2002 (dont le cas de Maher Arar), le procureur général procédait à cette évaluation en collaboration avec le secrétaire d'État.

[95] 8 CFR 208.18(c), 208.18(e) et 8 CFR 1208.18(c), 1208.18(e).

[96] Mark Sherman, « Gonzales: U.S. Won't Send Detainees to Torturers; Attorney General Alberto Gonzales Said the United States does not Send Detainees to Nations Allowing Torture, but Once They are Transferred, Can't Ensure Good Treatment », *Miami Herald*, 8 mars 2005, p. 7 :
[TRADUCTION] « M. Gonzales a déclaré que le Département d'État et la CIA obtiennent des assurances selon lesquelles les détenus seront traités avec humanité. Dans le cas des pays bien connus pour leur mauvais traitement des prisonniers, les États-Unis "demanderaient, à mon avis dans la plupart des cas, des assurances supplémentaires portant qu'une telle conduite ne se reproduira plus" ». *Ibid.*

[97] Voir Sherif al-Mashad et al. v. George W. Bush et al., Civil Action No. 05-0270 (JR), déclaration de Mathew C. Waxman, secrétaire adjoint à la Défense chargé des affaires relatives aux détenus, p. 3 [en ligne], http://www.state.gov/documents/organization/45850.pdf (consulté le 10 mai 2005). Voir aussi *ibid.*, déclaration de Pierre-Richard Prosper, représentant des États-Unis pour les questions liées aux crimes de guerre, p. 3-6.

[98] L'al. 2242(d) de la FARRA n'accorde à aucun tribunal la compétence d'examiner une demande présentée en vertu de la CCT ou de l'art. 2242 même, sauf dans le cadre de l'examen d'une mesure de renvoi définitive dans les affaires d'immigration. La disposition stipule également qu'aucun tribunal n'est compétent pour examiner les règlements de mise en œuvre, sauf si les règlements prévoient expressément une telle compétence. Ainsi, l'administration a l'entière discrétion de déterminer si elle s'est acquittée de ses obligations aux termes de la CCT et de la loi de 1998.

l'objet du transfert et, notamment, l'impossibilité de contester la crédibilité ou la fiabilité des assurances diplomatiques devant un organisme judiciaire indépendant. Par ailleurs, tout porte à croire que des assurances sont utilisées pour se soustraire à l'obligation plutôt que pour s'en acquitter. Un représentant américain cité dans les médias a déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « Ils disent qu'ils ne maltraitent pas [les prisonniers ayant fait l'objet d'un renvoi], ce qui satisfait à l'exigence juridique, mais nous savons tous qu'ils le font[99]. »

De plus, il existe des arguments convaincants contre le recours aux assurances diplomatiques, sur le plan tant juridique que pratique.

A. Insuffisance juridique

L'obligation de non-refoulement est absolue[100], ce qui signifie que tout transfert est interdit s'il existe un risque de torture et que l'interdiction demeure en vigueur tant et aussi longtemps que le risque existe. Comme Alvaro Gil-Robles, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, l'a déclaré :

> La faiblesse inhérente à cette pratique [des assurances diplomatiques] tient au fait que de telles assurances ne sont nécessaires que parce qu'il existe clairement un risque reconnu de tortures et de mauvais traitements[101].

Les assurances diplomatiques sont la cheville ouvrière de la politique américaine en matière de renvois extrajudiciaires et d'autres transferts, puisque les États-Unis se fondent sur ces assurances pour soutenir qu'une personne ne risque plus d'être torturée. Le Président Bush a déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « Nous respectons la loi et nous envoyons les gens dans des pays qui promettent de ne pas avoir recours à la torture contre eux[102]. » Le procureur général Alberto Gonzales a fourni de plus amples renseignements sur cet argument juridique dans les réponses écrites aux questions que lui ont posées les sénateurs lors du processus de confirmation de sa nomination. Il a expliqué l'argument de l'administration selon lequel les assurances transforment un transfert illégal en un transfert légitime :

> [TRADUCTION]
> Pour s'acquitter des obligations américaines que l'article 3 impose aux États-Unis, sous réserve de l'interprétation du Sénat, il est permis, si les circonstances s'y prêtent, de se fier aux assurances d'un pays selon lesquelles celui-ci n'aura pas recours à la torture; en outre, de telles assurances peuvent

---

[99] Priest, « CIA's Assurances... », *Washington Post*.
[100] Voir, p. ex., le rapport de Theo van Boven, Rapporteur spécial sur la torture, présenté à l'Assemblée générale, A/59/324, 1er septembre 2004, par. 14.
[101] Rapport de M. Alvaro Gil-Robles, Commissaire aux droits de l'homme, lors de sa visite en Suède, 21-23 avril 2004. Conseil de l'Europe, CommDH(2004)13, 8 juillet 2004, p. 10, par. 19 [en ligne], http://www.coe.int/T/F/Commissaire_D.H/Unité_de_Communication/Documents/pdf.CommDH(2004)13_F.pdf (consulté le 10 mai 2005).
[102] Conférence de presse du Président, 28 avril 2005 [en ligne], http://www.whitehouse.gov/news/releases/2005/04/20050428-9.html (consulté le 29 avril 2005).

> permettre de conclure qu'une personne ne sera vraisemblablement pas torturée si elle est renvoyée dans un autre pays[103].

Toutefois, les assurances diplomatiques ne sont pas juridiquement contraignantes. Elles n'ont aucun effet juridique et n'entraînent aucune responsabilité en cas de violation. La personne que les assurances visent à protéger n'a aucun recours si celles-ci sont violées.

En outre, lorsque les assurances proviennent de pays qui pratiquent couramment la torture, les assurances sont non seulement insuffisantes, mais intrinsèquement douteuses. Les assurances diplomatiques sont fondées uniquement sur la croyance que l'État destinataire tiendra parole. Or, les gouvernements des États où la torture constitue un grave problème de droits de la personne nient presque toujours leurs pratiques abusives. Si un gouvernement manque régulièrement à son obligation juridiquement contraignante de ne pas se livrer à la torture, il y a peu de raisons de croire qu'il respectera la promesse de ne pas adopter le même comportement à l'égard d'un cas isolé, laquelle n'est pas susceptible d'exécution.

Aux termes du paragraphe 3(2) de la CCT, les gouvernements d'envoi doivent tenir compte de « l'existence [...] d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives » pour déterminer si une personne risque d'être torturée. Dans son rapport présenté à l'Assemblée générale des Nations Unies en septembre 2004, le Rapporteur spécial sortant sur la torture, Theo von Boven, a indiqué que le recours aux assurances était une « pratique qui porte de plus en plus atteinte au principe de non-refoulement »[104]. Il s'est demandé « si la pratique consistant à recourir à des assurances ne se substitue pas, pour des raisons politiques, au principe de non-refoulement qui [...] est absolu et intangible »[105]. Dans ses conclusions, le Rapporteur spécial a précisé une condition de base, à savoir que, dans les circonstances où une personne serait renvoyée dans un lieu où la torture est pratiquée systématiquement, « le principe de non-refoulement doit être strictement respecté et [...] il convient de ne pas recourir aux assurances diplomatiques »[106]. Toujours selon le Rapporteur spécial, si une personne appartient à un groupe particulier qui est régulièrement visé et fait couramment l'objet de tortures, un tel facteur doit être pris en compte pour l'application de l'obligation de non-refoulement[107].

Ni la politique américaine ni les règlements en matière d'immigration n'exigent que le pouvoir exécutif rejette, au motif qu'elles sont intrinsèquement douteuses, les assurances des gouvernements de pays où la torture est un problème courant ou dans lesquels des groupes particuliers sont régulièrement assujettis à la torture et à de mauvais traitements,

---

[103] Réponses d'Alberto R. Gonzales, candidat au poste de procureur général des États-Unis, aux questions écrites du sénateur Richard J. Durbin, p. 10, dans les dossiers de Human Rights Watch.
[104] Rapport de Theo van Boven, Rapporteur spécial sur la torture, présenté à l'Assemblée générale, A/59/324, 1er septembre 2004, par. 30.
[105] *Ibid.*, par. 31.
[106] *Ibid.*, par. 37. Pour de plus amples renseignements sur la question, voir le rapport de Human Rights Watch intitulé *Promesses vides : les assurances diplomatiques ne protègent pas de la torture*, avril 2004, p. 8-10 [en ligne], http://hrw.org/reports/2004/un0404/ (consulté le 9 mai 2005).
[107] *Ibid.*, par. 39.

alors qu'une personne faisant l'objet d'un renvoi fondé sur des assurances appartient à un tel groupe. En vertu de la législation et la politique américaines actuelles, le gouvernement pourrait renvoyer une personne qui risque fort d'être torturée ou maltraitée en se fondant sur une garantie des plus simples et des plus vagues.

En fait, tous les libellés des assurances diplomatiques recueillies par Human Rights Watch réitèrent les obligations conventionnelles existantes du pays destinataire pour illustrer que l'on peut compter sur celui-ci pour ne pas avoir recours à la torture contre une personne donnée. De telles promesses de la part de pays qui, couramment, font fi de leurs obligations et nient les avoir violées sont vides de sens. On ne peut s'y fier de bonne foi.

L'affaire Arar

Le cas de Maher Arar est sans doute celui qui illustre le mieux l'erreur de se fier aux assurances diplomatiques pour offrir une protection contre la torture. M. Arar a été remis à la Syrie par les États-Unis (en passant par la Jordanie), même si la Syrie était bien connue pour son recours à la torture et à d'autres mauvais traitements. Les États-Unis avaient eux-mêmes condamné à maintes reprises le gouvernement syrien pour son recours à la torture et d'autres violations des droits de la personne. M. Arar affirme qu'il avait à plusieurs reprises exprimé aux autorités américaines sa crainte d'être torturé en Syrie, alors qu'il était détenu par les autorités d'immigration américaines immédiatement avant son renvoi en Syrie[108].

Malgré le risque évident de torture dans son cas, l'administration Bush l'a transféré sur la foi d'assurances que la CIA aurait reçues du gouvernement syrien[109]. À n'en pas douter, les assurances de la Syrie ne sont pas fiables. Dans l'hypothèse la plus optimiste, la confiance du gouvernement américain accordée aux assurances syriennes contre la torture est une idée chimérique. Dans l'hypothèse pessimiste, ces assurances permettent de dissimuler le fait que les États-Unis étaient complices de la torture et des mauvais traitements subis par M. Arar aux mains de ses gardiens de prison syriens. Les actes en cause font par ailleurs l'objet d'allégations détaillées de la part de M. Arar. Les représentants américains eux-mêmes n'ont pu expliquer pourquoi ils s'étaient fiés aux assurances syriennes contre la torture. Lorsqu'un journaliste du Washington Post leur a demandé pourquoi ils avaient jugé crédibles les assurances syriennes alors que la Syrie était bien connue pour son recours à la torture, les représentants américains ont refusé de répondre[110]. Leur réaction en dit long. Il n'est tout simplement pas plausible de supposer qu'un gouvernement qui viole régulièrement son obligation juridiquement contraignante de ne pas recourir à la torture respecterait la promesse – non exécutoire – de ne pas pratiquer la torture.

---

[108] Maher Arar, « This is What They Did to Me », *Counterpunch*, 6 novembre 2003 [en ligne], http://www.counterpunch.org/arar11062003.html (consulté le 13 mai 2005).
[109] Dana Priest, « Man Was Deported after Syrian Assurances », *Washington Post*, 20 novembre 2003, p. A24.
[110] *Ibid.*

B. Insuffisance sur le plan pratique

Les considérations d'ordre pratique mettent aussi en évidence l'erreur de se fier aux assurances diplomatiques, en démontrant que celles-ci constituent une garantie inefficace qui n'atténue pas et ne neutralise certainement pas le risque de torture. Ni le gouvernement d'envoi ni le gouvernement destinataire n'ont intérêt à effectuer, après le renvoi, une surveillance sérieuse qui risque de mettre au jour les violations de leurs obligations juridiques. La tentative d'obtenir la protection d'un droit fondamental par voie diplomatique comporte des limites inhérentes en raison de la nature même de la diplomatie. Même si un gouvernement d'envoi cherchait à effectuer une surveillance sérieuse après le renvoi, la torture serait difficile à constater parce que les gouvernements qui pratiquent la torture sont passés maîtres dans l'art de la dissimuler. En outre, la crainte de représailles empêcherait le détenu de révéler la torture à un diplomate ou à toute autre personne qui lui parle en prison.

Le procureur général Alberto R. Gonzales a admis que le gouvernement américain ne disposait que d'une capacité limitée d'assurer le respect des assurances une fois qu'une personne était remise à un autre gouvernement. Dans une entrevue donnée le 7 mars 2005, le procureur général a déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « Nous ne pouvons contrôler complètement ce que ce pays peut faire. Évidemment, nous nous attendons à ce qu'un pays dans lequel nous avons renvoyé un détenu respecte les représentations qu'il nous a faites. Si vous me demandez si les pays tiennent toujours parole, je ne puis vous répondre[111]. » Dans le même ordre d'idées, lors d'une audience du comité spécial du Sénat sur le renseignement tenue le 16 février 2005, Porter J. Goss, le directeur de la CIA, a déclaré au Congrès que, [TRADUCTION] « bien entendu, dès qu'ils ne sont plus sous notre contrôle, il y a des limites à ce que nous pouvons faire »[112].

La surveillance après le renvoi, que certains pays ajoutent aux assurances, n'atténue guère le risque de torture. Vu le caractère secret de la torture, la surveillance ne garantit pas que la torture sera constatée. En règle générale, les auteurs de torture sont passés maîtres dans l'art de dissimuler de tels abus. Par ailleurs, l'intimidation des victimes et leur crainte de représailles, si elles devaient se plaindre, rendent souvent plus difficile la détection de la torture. En tant qu'outil inefficace de détection de la torture, la surveillance n'est pas un moyen de dissuasion contre la torture. De plus, même si la torture est détectée au moyen de la surveillance, les États d'envoi courent le risque inacceptable de ne pouvoir constater une violation qu'après la perpétration de l'acte.

Les gouvernements qui négocient les assurances n'ont guère intérêt à effectuer une surveillance et à mettre en évidence la violation des assurances. Dans certains cas, les gouvernements d'envoi veulent que l'État destinataire se serve de techniques d'interrogatoire interdites contre une personne pour obtenir des renseignements. Dans d'autres cas, l'État d'envoi veut simplement que l'État destinataire assume la responsabilité de garder un suspect qui est considéré comme une menace à la sécurité

---

[111] Mark Sherman, « Gonzales: U.S. won't send detainees to countries that torture, but can't ensure good treatment », *Associated Press Newswires*, 7 mars 2005.
[112] Voir Priest, « CIA's Assurances… », *Washington Post*.

nationale dans l'État d'envoi. Dans l'un ou l'autre des cas, le gouvernement d'envoi qui découvrirait une violation des assurances serait tenu de reconnaître la violation de sa propre obligation de non-refoulement. Pour sa part, un gouvernement destinataire qui pratique la torture n'a évidemment guère intérêt à permettre la détection de ses violations des droits de la personne au moyen d'une surveillance postérieure au renvoi.

De plus, une surveillance stricte envoie un message de méfiance au pays destinataire. Nabil Fahmy, l'ambassadeur d'Égypte aux États-Unis, a déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « Nous n'accepterions pas la prémisse que nous ferions une promesse sans la tenir[113]. » Puisque les assurances sont obtenues par voie diplomatique, les diplomates privilégieront très souvent de bons rapports entre les pays au détriment d'autres préoccupations, notamment le droit de la personne de ne pas être soumis à la torture. La dynamique interétatique au niveau diplomatique est intrinsèquement délicate, et les diplomates mentionnent souvent la nécessité de la « prudence » et de la « discrétion » dans les observations et négociations diplomatiques. Par conséquent, les questions importantes touchant les droits de la personne (même celles concernant l'interdiction absolue de la torture) passent souvent après les préoccupations diplomatiques.

Sven Linder, l'ancien ambassadeur suédois en Égypte, a attendu cinq semaines avant de rendre visite à deux ressortissants égyptiens qui s'étaient vu refuser l'asile en Suède et qui avaient été renvoyés en Égypte sur la foi d'assurances diplomatiques. Les hommes soutiennent qu'ils ont été torturés pendant les cinq semaines qui ont suivi leur transfert en Égypte et qui ont précédé la première visite de l'ambassadeur suédois. L'ambassadeur a expliqué qu'une visite plus hâtive aurait constitué un signe de méfiance envers les Égyptiens[114]. Voilà qui démontre que la diplomatie n'est pas un outil approprié pour assurer le respect de l'interdiction absolue de la torture.

Il existe également un grand manque de transparence au sein du processus de demande et d'obtention des assurances au niveau diplomatique, souvent dans le but de préserver les relations extérieures. Le manque de transparence nuit grandement à la personne qui fait l'objet du renvoi lorsqu'il s'agit de contester la suffisance et la fiabilité des garanties. Par exemple, dans une déclaration faite en octobre 2001, un conseiller juridique adjoint du Département d'État américain a soutenu que la demande, l'obtention et la surveillance des assurances diplomatiques en matière d'extradition devaient être strictement confidentielles et ne pas être assujetties à l'examen du public ou des tribunaux, afin qu'il ne soit pas porté atteinte aux relations extérieures et qu'[TRADUCTION] « une entente acceptable » soit conclue avec l'État qui demande l'extradition[115]. En ce qui concerne les

---

[113] *Ibid.*

[114] Voir le programme de télévision suédois 4 Kalla Fakta, 17 mai 2004, transcription anglaise [en ligne], http://hrw.org/english/docs/2004/05/17/sweden8620.htm (consulté le 10 mai 2005).

[115] Déclaration écrite de Samuel M. Witten, conseiller juridique adjoint en matière d'application de la loi et de renseignement au bureau du conseiller juridique du Département d'État américain, *Cornejo-Barreto v. Seifert*, United States District Court for the Central District of California Southern Division, Case No. 01-cv-662-AHS, octobre 2001, par. 11-13 [en ligne], http://www.state.gov/documents/organization/16513.pdf (consulté le 1er mars 2005).

assurances diplomatiques contre la torture, la diplomatie à elle seule n'offre aucune garantie contre les mauvais traitements.

Les éléments dissuasifs et les difficultés pratiques de la surveillance postérieure au renvoi illustrent la logique erronée de la politique américaine en matière de renvoi. Au moment de défendre le transfert de terroristes présumés dans des pays qui pratiquent la torture, William Haynes, l'avocat général du département de la Défense, a déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « Nous pouvons vous assurer que les États-Unis prendraient des mesures pour enquêter sur des allégations de torture crédibles et qu'ils prendraient des mesures appropriées s'il y avait des raisons de croire que ces assurances n'étaient pas respectées[116]. » Une telle politique ne peut résister à un examen sérieux. M. Haynes dresse le portrait d'un processus réactionnel, en faisant valoir que les États-Unis procèdent aux renvois et attendent simplement de savoir si la personne visée est torturée. Il n'explique pas comment le gouvernement américain découvrirait qu'un gouvernement tel que celui de la Syrie ou de l'Égypte ne tient pas ses promesses.

De plus, malgré la preuve de torture liée à plusieurs cas de renvoi, l'administration Bush n'a guère enquêté sur la violation des assurances. L'administration n'a pris des mesures pour examiner un renvoi que dans le cas de Maher Arar et ce, seulement après que M. Arar ait été libéré et renvoyé chez lui au Canada pour raconter son expérience dans une prison syrienne. Toutefois, l'examen n'a pas été lancé par de hauts représentants du gouvernement en réponse aux allégations de torture faites par M. Arar; il a plutôt été entrepris de façon indépendante par l'inspecteur général du département de la Sécurité intérieure, à la demande du membre le plus élevé du comité judiciaire de la Chambre des représentants des États-Unis[117]. Rien ne permet de croire que le gouvernement américain a pris des mesures pour enquêter sur les abus ou y mettre fin pendant que M. Arar était détenu en Syrie, ou pour assurer le suivi de ses allégations de torture auprès du gouvernement syrien après sa libération. En outre, bien que l'examen de l'inspecteur général du département de la Sécurité intérieure soit susceptible de fournir de plus amples renseignements sur le cas de M. Arar, il ne porte que sur la conduite des agents d'immigration américains et leur décision de renvoyer M. Arar en Syrie. Dans le même ordre d'idées, M. Abu Ali a allégué dans des documents judiciaires qu'il avait informé les interrogateurs du FBI des actes de torture commis contre lui par ses gardiens de prison saoudiens, mais que les interrogateurs n'avaient pas réagi à ses allégations[118]. Bref, il n'y a aucune raison de croire que l'engagement déclaré de faire enquête et de prendre des mesures appropriées en cas de violation des assurances constitue davantage que des belles paroles.

---

[116] Lettre de William J. Haynes II adressée au sénateur Patrick Leahy, 25 juin 2003.

[117] Lettre de Clark Kent Ervin, inspecteur général, département de la Sécurité intérieure, adressée au représentant John Conyers, Jr., Chambre des représentants des É.-U., 9 janvier 2004, dans les dossiers de Human Rights Watch.

[118] Markon, « Terror Suspect's Attorneys Link FBI… », *Washington Post*.

Législation américaine à l'étude sur les renvois comportant un risque de torture

En raison du phénomène croissant des renvois de terroristes présumés comportant un risque de torture, les membres du Congrès américain ont présenté des projets de loi pour mettre fin à la pratique. Des projets de loi qui combleraient les lacunes de la législation et de la politique américaines concernant l'obligation de non-refoulement sont actuellement à l'étude, tant à la Chambre des représentants qu'au Sénat. À la Chambre des représentants, le représentant Edward J. Markey a présenté le projet de loi intitulé « Torture Outsourcing Prevention Act » (ci-après appelé le « projet de loi Markey ») en février 2005[119], tandis qu'au Sénat, le sénateur Patrick Leahy a présenté le projet de loi intitulé « Convention against Torture Implementation Act 2005 » en mars 2005[120].

Les projets de loi sont très similaires quant au contenu et à la portée. Les deux réaffirment l'obligation de procéder à une évaluation individualisée du risque de torture auquel sont exposées les personnes qui font l'objet d'un transfert, mais ils prévoient aussi une protection supplémentaire lorsque le transfert n'a pas lieu dans le cadre d'une instance d'extradition ou d'un processus de renvoi en matière d'immigration. Les projets de loi exigent que le Département d'État élabore et tienne une liste des pays qui pratiquent la torture. Les transferts dans les pays inscrits sur la liste sont catégoriquement interdits lorsqu'ils n'ont pas lieu dans le cadre d'une procédure judiciaire qui permet à la personne visée de contester son transfert au motif qu'il existe un risque de torture. Le secrétaire d'État peut déroger à l'interdiction en attestant qu'un pays inscrit sur la liste [TRADUCTION] « a mis fin » aux actes de torture ayant justifié son inscription sur la liste et qu'il existait un mécanisme susceptible de vérification permettant de s'assurer que toute personne transférée dans ce pays ne serait pas torturée ou maltraitée. Il importe de souligner que les projets de loi ne sanctionnent le recours à la surveillance postérieure au renvoi que dans les pays où le Département d'État certifie que la torture n'est plus pratiquée.

L'élément des projets de loi le plus essentiel pour mettre fin aux renvois américains actuels est leur libellé sur les assurances diplomatiques. Les projets de loi précisent que les assurances diplomatiques sont insuffisantes pour décider qu'une personne ne risque pas d'être torturée, interdisant ainsi leur utilisation pour se soustraire à l'obligation de non-refoulement.

Au 16 mai 2005, les deux projets de loi étaient à l'étude au Congrès.

Conclusion : l'importance d'une reddition de comptes complète

Nous ne connaissons toujours pas les détails précis du renvoi de Maher Arar en Syrie. Bien que le compte rendu de M. Arar offre des renseignements importants, de nombreux

---

[119] Torture Outsourcing Prevention Act (H.R. 952), 109th Congress [en ligne], http://www.theorator.com/bills109/hr952.html (consulté le 6 avril 2005).
[120] Convention against Torture Implementation Act 2005 (S. 654), 109th Congress (2005) [en ligne], http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=109_cong_bills&docid=f:s654is.txt.pdf (consulté le 10 mai 2005).

actes des gouvernements en cause (non seulement celui des États-Unis, mais aussi ceux du Canada, de la Jordanie et de la Syrie) demeurent secrets. Une commission d'enquête officielle, telle que la présente commission, est essentielle pour comprendre ce qui s'est passé dans le cas de M. Arar et éviter que la situation ne se reproduise. Les rôles de la police et des responsables canadiens devraient faire l'objet d'un examen complet en vue de savoir notamment si ces derniers ont contribué à faciliter le transfert de M. Arar en Syrie, si les assurances reçues de la Syrie par la CIA ont eu une incidence sur la réaction du Canada au renvoi imminent de M. Arar en Syrie et quelles mesures ils ont prises ou se sont abstenus de prendre pour tenter d'empêcher son transfert en Syrie.

Dans le même ordre d'idées, l'examen américain entrepris par l'inspecteur général du département de la Sécurité intérieure peut ajouter de nouveaux faits importants aux renseignements concernant le traitement du cas de M. Arar alors qu'il était aux États-Unis. L'examen du département de la Sécurité intérieure pourrait notamment permettre de savoir pourquoi M. Arar a été renvoyé en Syrie et non au Canada, préciser comment cette décision a été prise et identifier l'auteur de la décision. L'examen devrait préciser si les agents d'immigration ont respecté les règlements applicables dans le cas de M. Arar, en ce qui concerne le traitement de son renvoi et plus particulièrement en ce qui touche la question du transfert comportant un risque de torture. Vu les rapports indiquant que les États-Unis ont reçu des assurances de la Syrie, il se peut que le gouvernement américain ait observé la disposition des règlements qui permet de recevoir des assurances pour mettre fin à l'enquête sur la demande présentée en vertu de la CCT et pour procéder au renvoi dans le pays en question.

Toutefois, la question essentielle n'est pas celle de savoir si les États-Unis ont, dans les faits, observé les règlements applicables. Même si M. Arar a été renvoyé dans le cadre de procédures d'immigration légales, la question fondamentale à résoudre est celle de savoir si les règlements qui régissent ces procédures sont suffisants pour assurer le respect de la CCT et pour empêcher les transferts comportant un risque de torture ou de mauvais traitements qui résultent des procédures d'immigration. Voilà l'objectif ultime de toute enquête sur le traitement du cas de M. Arar par le gouvernement américain.

Human Rights Watch est d'avis que les règlements ne sont pas suffisants pour satisfaire aux obligations juridiques que la CCT impose aux États-Unis. Bien que, dans l'ensemble, ils représentent un effort positif visant à créer des procédures pour la mise en œuvre de l'article 3 de la CCT, ils comportent une lacune structurelle critique qui porte atteinte à la protection complète contre le refoulement. Les règlements ne devraient pas autoriser le recours aux assurances diplomatiques pour mettre fin à l'examen d'une demande présentée en vertu de la CCT ou pour transférer une personne là où il existe un risque de torture.

Recommandations visant à assurer le respect de l'interdiction des transferts comportant un risque de torture

Au gouvernement du Canada :

- prendre toutes les mesures possibles pour empêcher le transfert, par le gouvernement américain ou tout autre gouvernement, d'un ressortissant ou d'un résident canadien là où il existe un risque de torture ou de mauvais traitements; vu la responsabilité de tous les gouvernements de faire tout en leur pouvoir pour empêcher les actes de torture, le Canada doit s'assurer d'adopter des politiques qui lui permettent (1) de connaître les renvois possibles de citoyens ou de résidents canadiens comportant un risque de torture ou de mauvais traitements et (2) de prendre des mesures de haut niveau par voie diplomatique et juridique pour empêcher de tels transferts;

- s'assurer d'adopter des procédures pour un examen et une intervention gouvernementaux de haut niveau lorsque la police, les autorités d'immigration ou les responsables de la sécurité canadiens apprennent qu'un ressortissant ou un résident canadien détenu par les États-Unis a soulevé une préoccupation liée à la CCT; plus particulièrement, si une telle personne soulève une préoccupation en matière de torture ou de mauvais traitements liée à son transfert possible dans un autre pays, si les responsables canadiens se rendent compte qu'il existe un risque de torture ou de mauvais traitements ou si le gouvernement américain demande des assurances à un autre gouvernement, les responsables canadiens doivent alors demander un examen de haut niveau du cas en question en observant une procédure soigneusement délimitée à laquelle participent non seulement la police, les autorités d'immigration ou les responsables de la sécurité, mais aussi les responsables chargés d'examiner les questions d'asile et de réfugiés et d'assurer le respect des obligations juridiques internationales du Canada; un tel processus pourrait faciliter les mesures visant à protéger les droits des Canadiens détenus par les États-Unis;

- assurer le respect intégral de l'interdiction absolue du refoulement lors du traitement des personnes détenues par le Canada ou frappées d'expulsion du Canada; plus particulièrement, le Canada devrait interdire le recours aux assurances diplomatiques pour transférer *qui que ce soit*, y compris les terroristes présumés qui ne sont pas citoyens canadiens, dans d'autres pays lorsqu'il existe un risque de torture ou de mauvais traitements; le Canada devrait aussi abroger les articles 76 à 87 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, lesquels prévoient l'utilisation de certificats de sécurité servant à détenir et expulser, sur la foi d'une preuve secrète présentée lors d'audiences *ex parte* et sans garanties procédurales, les personnes dont il a été établi qu'elles présentent un danger imminent pour la sécurité du Canada, notamment par voie de transfert possible dans des pays où elles risqueraient d'être torturées ou maltraitées.

Au gouvernement des États-Unis :

- ne plus se fier aux assurances diplomatiques pour conclure qu'une personne peut être transférée dans un autre pays sans risque de torture ou d'autres mauvais traitements;

- réviser les règlements du département de la Sécurité intérieure qui mettent en œuvre les obligations des États-Unis aux termes de la CCT et de la loi américaine de 1998 pour s'assurer que les règlements n'autorisent pas le recours aux assurances visant à transférer une personne dans un pays où elle risque d'être torturée ou maltraitée; plus particulièrement, le gouvernement américain devrait abroger la disposition 8 C.F.R. §208.18(c), laquelle permet le recours aux assurances contre la torture pour renvoyer du territoire américain les personnes qui présentent une demande en vertu de la CCT dans le cadre de procédures d'immigration;

- ordonner au département de la Défense et à la Central Intelligence Agency de prendre des règlements pour mettre en œuvre l'article 3 de la CCT, au moyen de procédures d'avis et de commentaires publics; s'assurer que ces règlements n'autorisent pas le recours aux assurances diplomatiques pour mettre fin à une enquête sur une demande présentée en vertu de la CCT ou pour conclure qu'une personne peut être transférée dans un lieu où elle risque d'être torturée ou maltraitée;

- adopter les projets de loi S. 654 (projet de loi Leahy) et H.R. 952 (projet de loi Markey) actuellement à l'étude au Sénat et à la Chambre des représentants respectivement, dans le but de mettre fin aux renvois comportant un risque de torture et de s'assurer que tous les organismes concernés du gouvernement américain prennent des règlements qui sont entièrement conformes aux obligations juridiques des États-Unis.

Aux deux gouvernements :

- soutenir une enquête internationale approfondie sur le traitement du cas de Maher Arar par les quatre gouvernements en cause (ceux des États-Unis, du Canada, de la Syrie et de la Jordanie); une telle enquête devrait être effectuée sous les auspices d'un organisme international compétent, tel que le Haut Commissariat aux droits de l'homme;

- collaborer pleinement et de façon transparente à leurs propres enquêtes et aux enquêtes de l'autre gouvernement sur l'affaire Arar; le gouvernement américain devrait notamment revenir sur sa décision de ne pas collaborer avec la commission d'enquête canadienne sur l'affaire Arar; vu l'interaction des responsables des deux gouvernements au sujet de cette affaire, notamment par l'échange de renseignements, la commission canadienne ne pourra dresser le

portrait complet des conséquences des mesures prises par les responsables canadiens sans la collaboration des États-Unis;

- observer entièrement leurs obligations respectives en matière de rapport devant le Comité des Nations Unies contre la torture, le Comité des droits de l'homme et d'autres organismes de surveillance internationaux et régionaux concernés; inclure dans les rapports des renseignements détaillés au sujet de tous les cas dans lesquels des assurances diplomatiques contre le risque de torture ou de mauvais traitements ont été demandées ou obtenues à l'égard d'une personne faisant l'objet d'un transfert dans un autre pays;

- reconnaître que l'obligation de non-refoulement comprend l'interdiction des transferts comportant tant un risque de torture qu'un risque de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.